

**Der zivilrechtliche Schmiergeldbegriff unter
Berücksichtigung der wettbewerbsrechtlichen
Regelung der §§ 12,13 UWG**

Dissertation

zur Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechtswissenschaft
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Justus Liebig-Universität in Gießen

vorgelegt von
Hanns-Reimer Koch
aus Cuxhaven

Gießen 1971

1972

**Der zivilrechtliche Schmiergeldbegriff unter
Berücksichtigung der wettbewerbsrechtlichen
Regelung der §§ 12,13 UWG**

Dissertation

zur Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechtswissenschaft
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Justus Liebig-Universität in Gießen

vorgelegt von
Hanns-Reimer Koch
aus Cuxhaven

Gießen 1971



1. Berichterstatter: Prof. Dr. W. Grunsky

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Th. Raiser

Tag der Prüfung: 11.2.1972

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	XIV
Einleitung	1

Erster Teil

	Die Merkmale des Schmiergeldes	6
1. Kapitel	Die zu untersuchenden Fallgruppen	6
	I. Schmiergeldfälle im Wirtschafts-	
	leben (im geschäftlichen Ver-	
	kehr) außerhalb des Wettbewerbs	6
	II. Schmiergeldfälle im privaten	
	geschäftlichen Verkehr	7
	III. Schmiergeldfälle im Wirtschafts-	
	leben (im geschäftlichen Verkehr)	
	innerhalb des Wettbewerbs	7
2. Kapitel	Allgemeines zum Begriff des Schmier-	
	geldes	10
3. Kapitel	Die objektiven Merkmale des Schmier-	
	geldes im Verhältnis Geber/Empfänger	14
	I. Die Arten der Vorteilsgewährung	14
	II. Unmittelbare oder mittelbare	
	Gewährung von Vorteilen	18
	III. Der Kreis der als Bestecher und	
	als Bestochener in Betracht	
	kommenden Personen	19
	1. Außerhalb des Wettbewerbs	19
	2. Innerhalb des Wettbewerbs	21
	IV. Die Handlungen des Gebers und	
	des Empfängers der Zuwendung	24
	V. Die Bevorzugung des die Zuwendung	
	Gebenden	29
	VI. Die besonderen objektiven Merk-	
	male des Schmiergeldes inner-	
	halb des Wettbewerbs	30

1. "Im geschäftlichen Ver-	
kehre"	31
2. "Bei dem Bezuge von Waren	
oder gewerblichen Leistungen"	32
VII. Zusammenfassung	34
4. Kapitel Die subjektiven Merkmale des Schmier-	
geldes im Verhältnis Geber/Empfänger	36
I. Die Zweckbestimmtheit des	
Schmiergeldes	36
1. Außerhalb des Wettbewerbs	38
2. Innerhalb des Wettbewerbs	40
a) Das Handeln "zu Zwecken	
des Wettbewerbs"	40
aa) Die Bedeutung des	
Merkmals	40
bb) Reicht ein mittel-	
barer Wettbewerbszweck	
aus?	41
cc) Der Empfänger braucht	
nicht "zu Zwecken des	
Wettbewerbs" zu handeln	44
b) Der Bevorzugungszweck	45
aa) Die auf Bevorzugung	
gerichtete Absicht des	
Gebers	45
bb) Keine Bevorzugungsab-	
sicht des Empfängers	46
c) Die doppelte Absicht des	
Gebers	47
d) Zusammenfassung	47
II. Die subjektive Seite hinsicht-	
lich der übrigen Merkmale inner-	
halb des Wettbewerbs	48
III. Die Vorstellungen der Beteiligten	
von der tatsächlichen Hingabe der	
Zuwendung und dem objektiven Ein-	

tritt des Erfolges und die Schmiergeldeigenschaft einer Zu- wendung	48
1. Außerhalb des Wettbewerbs	49
a) Die tatsächliche Hingabe der Zuwendung	49
b) Muß die Bevorzugung objek- tiv eintreten?	50
aa) Anwendung der objek- tiven Bedingungsformel auf die Beispielsfälle	50
bb) Die objektive Bedingungs- formel scheitert an ihrer Verknüpfung mit dem Erfolg	50
cc) Die "Ausstrahlungen" des Schmiergeldes	51
α) Die "Nachwirkung"	51
β) Die "Dauerwirkung"	52
γ) Die "Vorwirkung"	53
c) Zusammenfassung	54
2. Innerhalb des Wettbewerbs	54
a) Der objektive Eintritt der Bevorzugung	54
b) Die tatsächliche Hingabe der Zuwendung	55
IV. Zusammenfassung	55
5. Kapitel Die objektiven Merkmale des Schmier- geldes im Verhältnis Empfänger/Drit- ter bzw. Mitbewerber	57
I. Die Person des Mitbewerbers	57
II. Die Person des Dritten	59
III. Das Merkmal des Handelns "im Wettbewerb "	60
IV. Das Merkmal der Unlauterkeit	62
1. Die Kennzeichnung des Merk- mals	62

2. Hinweis auf die Fallgestal-	
tungen, in denen das Merkmal	
der Unlauterkeit objektiv	
nicht vorliegt	65
V. Die Heimlichkeit	65
1. Außerhalb des Wettbewerbs	66
2. Innerhalb des Wettbewerbs	67
a) Anhand der Rechtspre-	
chungsfälle ergeben sich	
Zweifel daran, daß die Heim-	
lichkeit das Schmiergeld	
kennzeichnet	67
b) Das Problem des sog. ent-	
schleierten Schmiergeldes	69
aa) Die Ansicht der herrschen-	
den Meinung	70
bb) Nach der h. M. ist die	
Heimlichkeit kein Merkmal	
des Schmiergeldes	70
c) Hinweis auf die Voraus-	
setzungen, unter denen die	
Heimlichkeit gleichwohl ein	
Kriterium des Schmiergeldes	
wäre	70
3. Hinweis auf die Fallgestal-	
tungen, in denen die Heimlich-	
keit objektiv nicht gegeben	
ist	71
VI. Der Untreue-Gesichtspunkt Stark's	71
1. Die Pflichtwidrigkeit	73
a) Die Pflichtwidrigkeit als	
Verstoß gegen schuldrecht-	
liche Nebenpflichten	75
b) Schmiergeldfälle ohne Ver-	
letzung von Rechtspflichten	75

aa) Der Verstoß gegen sittliche Pflichten	75
bb) Innerhalb des Wettbe- werbs reicht ein solcher Verstoß nicht aus	77
c) Pflichtwidrig ist nur die sach- und interessenwidrige Einflußnahme	77
d) Hinweis auf die Fallge- staltungen, in denen die Pflichtwidrigkeit objektiv nicht gegeben ist	79
e) Eine Pflichtwidrigkeit liegt schon im Fordern und Sichversprechenlassen und in der bloßen Annahme	79
f) Im Hinblick auf die Fälle des sog. entschleierte Schmiergeldes können sich Zweifel daran ergeben, daß die Pflichtwidrigkeit das Schmiergeld innerhalb des Wettbewerbs kennzeichnet	80
aa) Können der Gast oder der Kunde als Dritte einge- setzt werden?	82
α) Es besteht kein tat- sächliches Vertrauensver- hältnis zwischen dem Gast bzw. Kunden und dem Ange- stellten	83
β) Die Annahme eines per- sönlichen Beratungsver- trags zwischen Gast/Kunde und Angestelltem hilft nicht weiter	85
γ) Zusammenfassung	87

bb) Der Mitbewerber kann nicht als Dritter eingesetzt werden	88
cc) Sind die Fälle des sog. entschleierte Schmiergeldes auszuklammern?	88
α) Die Ansicht der herrschenden Meinung	89
β) Die abweichenden Ansichten in der Literatur	89
γ) Stellungnahme	95
δ) Ergebnis	108
dd) Ergebnis: Die Pflichtwidrigkeit ist innerhalb des Wettbewerbs kein Merkmal des Schmiergeldes	108
g) Zusammenfassung	108
aa) Außerhalb des Wettbewerbs	108
bb) Innerhalb des Wettbewerbs	109
h) Die Heimlichkeit ist kein Merkmal des wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriffs	110
2. Die Schädigung des Dritten	110
a) Innerhalb des Wettbewerbs	111
b) Außerhalb des Wettbewerbs	112
aa) Schmiergeldfälle ohne Schädigung des Dritten	112
bb) Schädigung und "Ausstrahlungen" des Schmiergeldes	113
cc) Hinweis auf Bedürfnisse der Praxis	114
dd) Ergebnis	114

c)	Die Beeinträchtigung des irgendwie gearteten Inter- essenkreises des Dritten	114
aa)	Die Schädigung	114
bb)	Die Einschränkung der wirtschaftlichen Gestaltungs- freiheit	115
cc)	Der Eingriff in den "eingerichteten und ausge- übten Gewerbebetrieb"	117
dd)	Die Beeinträchtigung des Ansehens	118
d)	Zusammenfassung	119
e)	Hinweis auf die Fallge- staltungen, in denen der Eingriff in den Interessen- kreis objektiv nicht vor- liegt	120
VII.	Das Merkmal der Sittenwidrigkeit	120
1.	Der "Playboyfall"	121
2.	Die Kennzeichnung der Sitten- widrigkeit	122
3.	Die Sittenwidrigkeit gegenüber dem Dritten in den wettbewerbs- rechtlichen Schmiergeldfällen	123
4.	Hinweis auf die Fallgestaltungen, in denen die Sittenwidrigkeit objektiv nicht gegeben ist	124
VIII.	Das Verhältnis des Mitbewerbers zum Dritten	125
IX.	Zusammenfassung	126
1.	Die Merkmale außerhalb des Wettbewerbs	126
2.	Die Merkmale innerhalb des Wettbewerbs	128

6. Kapitel	Die subjektiven Merkmale des Schmiergeldes im Verhältnis Empfänger/Dritter bzw. Mitbewerber	130
I.	Die subjektiven Merkmale außerhalb des Wettbewerbs	130
II.	Die subjektiven Merkmale innerhalb des Wettbewerbs	131
7. Kapitel	Die Merkmale des Schmiergeldes im Verhältnis Geber/Dritter bzw. Mitbewerber	133
I.	Die Merkmale außerhalb des Wettbewerbs	133
1.	Die objektiven Merkmale	133
2.	Die subjektiven Merkmale	133
II.	Die Merkmale innerhalb des Wettbewerbs	134
1.	Die objektiven Merkmale	134
2.	Die subjektiven Merkmale	135
III.	Das Verhältnis des Gebenden zum Dritten und zum Mitbewerber	135
8. Kapitel	Die Begriffsbestimmung	137
I.	Der allgemeine Begriff des Schmiergeldes im außerwettbewerbsrechtlichen Bereich	138
II.	Der wettbewerbsrechtliche Begriff des Schmiergeldes	139

Zweiter Teil

Die Abgrenzung des Schmiergeldes zu ähnlichen Erscheinungen	140
1. Kapitel Zuwendungen, die dem Schmiergeld ähn- lich sind, die die Merkmale des Schmier- geldes aber nur bei besonderer Fallge- staltung erfüllen	140

I.	Die Angestelltenprämien	140
1.	Prämien, die mit Wissen oder durch Vermittlung des Geschäftsinhabers gezahlt werden	140
2.	Prämien, die ohne Kenntnis des Inhabers gezahlt werden	142
II.	Der "Taxenfall"	143
1.	Der Taxenunternehmer weiß von den Prämien	144
2.	Der Taxenunternehmer hat keine Kenntnis von der Prämienzahlung	148
III.	Das sog. Schweigegeld	150
1.	Die Begriffsbestimmung	150
2.	Die Abgrenzung zum Schmiergeld	151
a)	Der vom BAG (AP § 138 BGB Nr. 27) entschiedene Fall	151
b)	Die Voraussetzungen, unter denen Schweigegeld zum Schmiergeld wird	153
3.	Zusammenfassung	155
2.	Kapitel Zuwendungen, die in keinem Fall Schmiergeld sind	156
I.	Zuwendungen an den Geschäftspartner	156
II.	Nachträgliche Zuwendungen	157
III.	Zuwendungen an das Verkaufspersonal von Alleinvertretern von Seiten des allein lieferungsberechtigten Herstellers	157
IV.	Innerhalb des Wettbewerbs: Zuwendungen an Angestellte von Privatleuten und an hoheitlich Tätige	158

3. Kapitel	Zuwendungen, die in der Regel kein Schmiergeld sind, die aber zu Schmiergeld werden können	159
I.	Die Zugabe	159
	1. Der Begriff der Zugabe	159
	2. Die Abgrenzung zum Schmiergeld	160
	3. Ergebnis: Eine Zugabe kann zum Schmiergeld werden	164
II.	Provision	164
	1. Die Begriffsbestimmung	164
	2. Die Abgrenzung zum Schmiergeld	165
III.	Die Werbegeschenke	166
	1. Der Begriff des Werbegeschenks	166
	2. Die Abgrenzung zum Schmiergeld	167
IV.	Das Trinkgeld und sonstige harmlose Zuwendungen	169
	1. Die Kennzeichnung des Trinkgeldes und der sonstigen harmlosen Zuwendungen	169
	2. Die Abgrenzung zum Schmiergeld nach Rechtsprechung und Literatur	170
	a) Das Abgrenzungsmerkmal der "harmlosen und nicht anfechtbaren Geschenke zur Förderung des Warenumsatzes und glatten Erledigung der Geschäfte"	170
	b) Harmlose Zuwendungen werden nur "mit Rücksicht auf die Geschäftsüblichkeit gegeben und stehen in keiner Beziehung zu einer erstrebten Bevorzugung"	171

c) Die Üblichkeit als Abgrenzungsmerkmal	171
d) Das Handeln "zu Zwecken des Wettbewerbs" als Abgrenzungsmerkmal	172
e) Die Sozialadaequanz als Abgrenzungsmerkmal	172
3. Stellungnahme	172
4. Eigene Abgrenzung	175
a) Die Abgrenzungskriterien innerhalb und außerhalb des Wettbewerbs	175
b) Bedenken gegen Abgrenzung des Trinkgeldes zum wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff bestehen nicht	176

Dritter Teil

Die Rechtsfolgen der Gewährung bzw. Annahme von Schmiergeld	178
1. Kapitel Die Rechtsfolgen im Verhältnis des Dritten (Geschäftsherrn) zum Empfänger der Zuwendung (Angestellten)	178
I. Die Kündigung	179
II. Der Anspruch auf Unterlassung	180
1. Der Anspruch aus § 1004 BGB analog	180
2. Der deliktische Unterlassungsanspruch	181
III. Der Anspruch auf Schadensersatz	182
IV. Der Anspruch auf Herausgabe des Schmiergeldes	185
1. Der Anspruch aus § 812 BGB	185
2. Die Anspruchsgrundlagen der §§ 667, 675 BGB bzw. §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB	186

	a) Wendet man § 667 BGB an, ist das Schmiergeld als "aus der Geschäftsbesor- gung erlangt" anzusehen	187
	b) § 667 BGB scheidet als An- spruchsgrundlage aus	188
	c) § 687 Abs. 2 BGB ist der richtige Ansatzpunkt	190
	d) Das Verhältnis des Heraus- gabeanspruchs zum Verfall- anspruch des § 12 Abs. 3 UWG	192
	V. Die Merkmale des Schmiergeldbe- griffs und die Rechtsfolgen	195
2. Kapitel	Die Rechtsfolgen im Verhältnis des Dritten zum bestechenden Geschäfts- partner	197
	I. Der Anspruch auf Unterlassung	197
	II. Der Anspruch auf Schadensersatz	198
	1. Die vertraglichen Anspruchs- grundlagen	198
	2. Die gesetzlichen Anspruchs- grundlagen	199
	III. Der Anspruch auf Herausgabe der eigenen Leistung, wenn der Ver- trag nichtig ist	199
	IV. Sonstige Rechtsfolgen	201
	V. Die Merkmale des Schmiergeldbe- griffs und die Rechtsfolgen	202
3. Kapitel	Die Rechtsfolgen im Verhältnis des Mitbewerbers zum bestechenden Mitbe- werber	205
	I. Der Anspruch auf Unterlassung	205

	II. Der Anspruch auf Schadenser-	
	satz	206
	III. Der Anspruch auf Herausgabe des	
	Erlangten	206
	IV. Die Merkmale des Schmiergeldbe-	
	griffs und die Rechtsfolgen	208
4. Kapitel	Die Rechtsfolgen im Verhältnis des	
	Mitbewerbers zum Bestochenen	209
	I. Der Anspruch auf Unterlassung	209
	II. Der Anspruch auf Schadensersatz	209
	III. Der Anspruch auf Herausgabe des	
	Schmiergeldes	210
	IV. Die Merkmale des Schmiergeldbe-	
	griffs und die Rechtsfolgen	210
5. Kapitel	Sonstige Rechtsfolgen	211
	I. Der Rückforderungsanspruch	211
	II. Schmiergeld als Aufwendungser-	
	satz?	212
	III. Die Merkmale des Schmiergeld-	
	begriffs und die Rechtsfolgen	212

LITERATURVERZEICHNIS

- | | |
|----------------------|---|
| Baumbach-Hefermehl | Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I, Wettbewerbsrecht, 10. Aufl., München 1971 |
| Belger | Die Zulässigkeit von Werbegeschenken an Angestellte unter dem Gesichtswinkel des § 12 UWG, Diss. Hamburg 1959 |
| Bernheim | Die Bekämpfung des Bestechungswesens in der Wirtschaft, Diss. Köln 1934 |
| Böhm | Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933/1964 |
| Borck | Zur Bedeutung und Begrenzung des Begriffs "Zugabe", WRP 1970, 296 ff und 338 ff |
| Brewe | Das Schmiergelderunwesen und seine Bekämpfung, Recht und Wirtschaft 1914, 12 ff |
| Brockhaus, Der Große | 16. Aufl., Wiesbaden (2. Bd. 1953, 3. Bd. 1956) |
| Brox | Besonderes Schuldrecht, München 1970 |
| Büchner | Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbe- |

- betrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz, München 1971
- v. Burchard Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Werbegeschenks, GRUR 1956, 163 ff
- v. Caemmerer Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Rabel, Bd. I, Tübingen 1954, S. 333 ff
- Callmann Der unlautere Wettbewerbs, o. Aufl., Berlin 1929
- Culemann Verschleierte oder "entschleierte" Schmiergelder?, MuW 1935, 245 ff
- Delius Rechtsschutz gegen Bestechung der Angestellten, Gesetz und Recht 1918, 281 ff und 301 ff
- Düringer-Hachenburg Das Handelsgesetzbuch, I. Bd., 3. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1930
- Duden, Der Große Bd. 7, Etymologie, Mannheim 1963
- Eller Auch "entschleierte Schmiergelder" sind unzulässig, MuW 1931, 612 f
- Elster Wettbewerbsrecht mit dem Recht der Zugaben und Rabatte unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Werberats, o. Aufl., Berlin-Leipzig 1941

- Enneccerus-Lehmann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
2. Bd., Recht der Schuldverhält-
nisse, 14. Aufl., Tübingen 1954
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürger-
lichen Rechts, 15. Aufl.,
Tübingen 1959 (1. Halbband),
1960 (2. Halbband)
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, 1. Band, 4. Aufl.,
Münster 1967
- Esser Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner
Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1970
- Schuldrecht, Bd. II, Besonderer
Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1969
- Finger Das Reichsgesetz gegen den un-
lauteren Wettbewerb, 4. Aufl.,
Berlin 1911
- Freytag Das Verhältnis des § 12 UWG zum
Tatbestand der Untreue § 266
StGB in der Fassung v. 26. 5. 33,
Diss. Köln 1935
- Fuld Welche Ansprüche hat die GmbH
gegenüber dem Geschäftsführer,
wenn dieser Schmiergelder erhalten
hat?, GmbH-Rdsch 1929, 373 ff
- Geerds Die Korruption im Wirtschafts-
leben - Ihre Erscheinungsformen
und Ursachen unter besonderer
Berücksichtigung der Angestellten-

korruption (§ 12 UWG)

- Vortrag von Priv. Doz. Dr.
jur. F. Geerds auf der Mit-
gliederversammlung des Ver-
eins gegen das Bestechungsun-
wesen e.V., Bonn, am 18. 10. 1963
zitiert als Geerds, Vortrag

Über den Unrechtsgehalt der Be-
stechungsdelikte und seine Kon-
sequenzen für Rechtsprechung und
Gesetzgebung. Eine strafrecht-
liche und kriminologische Studie,
Tübingen 1961
zitiert als Geerds, Unrechtsgehalt

v. Gierke, J. Handels- und Schifffahrtsrecht,
8. Aufl., Berlin 1958

v. Godin-Hoth Wettbewerbsrecht, o. Aufl.,
Berlin 1957

Greifelt Geschäftsbericht für das Jahr
1963 auf der Mitgliederversamm-
lung der Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs e.V.,
Frankfurt, Der Wettbewerbs 1965,
2 ff

Gruner Die neue niederländische Straf-
vorschrift gegen das Schmier-
gelderunwesen, WRP 1968, 172 f

Haeffner	Die Bestechung von Angestellten und Beauftragten geschäftlicher Betriebe, Diss. München 1930
v. Harder	"Verkäuferprämien", GRUR 1967, 182 ff
Hecht-Kümpfel	Der Wettbewerb, o. Aufl., Berlin 1936
Heiseke	"Schmiergelder" als Verkaufshilfen, WRP 1969, 362 ff
Herzberg	Das Delikt der Bestechung von Privatangestellten nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7. Juni 1909, Diss. Heidelberg 1910
Hiersemann	Verkäuferprämien, WRP 1964, 222 ff
Hippel	Schmiergelderunwesen und Zugaben, AWR 1935, 88
Hirschenkrämer	Fallen "entschleierte Schmiergelder" unter § 12 UWG?, WRP 1965, 130 ff
Hollinde	Die Angestelltenbestechung (§ 12 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb), Diss. Erlangen 1914
Holling	Das Recht zur Bekämpfung von Bestechungshandlungen, DR 1942, 1624 ff

- | | |
|-----------------|---|
| Hueck-Nipperdey | Lehrbuch des Arbeitsrechts,
I. Bd., 7. Aufl., Berlin 1963 |
| Isele | Anm. zu BAG AP § 687 BGB Nr. 1 - 4

Schmiergeldannahme als Eingriffserwerb, RdA 1962, 52 ff |
| Jülich | Bestechung und Bestechlichkeit
von Angestellten - § 12 UWG -,
Diss. Köln 1931 |
| Kaskel-Dersch | Arbeitsrecht, 5. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957 |
| Kintling | Der Begriff der Unlauterkeit
im Wettbewerbsrecht, Diss. Köln
1934 |
| Körner | Verstöße gegen die Vorschriften
des UWG und WZG und ihre Auswirkung auf Dritte, GRUR 1968,
348 ff |
| Kohler | Der unlautere Wettbewerb, o. Aufl.,
Berlin-Leipzig 1914 |
| Kontze | Das Bestechungsunwesen in Handel
und Verkehr, o. Aufl., München
1907 |
| Korte | Schenken und Geschenke in der
Wirtschaft, o. Aufl., Bad Harzburg 1968 |

- Krähe Aktive und passive Bestechung in betriebswirtschaftlicher Sicht, Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung, 20. Jahrgang, Neue Folge, 1968, 202 ff
- Kraft Zur rechtlichen Problematik der Schmiergelder - BGHZ 39, 1 ff, JuS 1963, 473 ff
- Krause-Dünow Das Rückforderungsrecht des Konkursverwalters bei "Schmiergeldverträgen" und anderen sittenwidrigen Geschäften des Gemeinschuldners und der Anspruch des Arbeitgebers auf "Schmiergelder" seines Arbeitnehmers, JR 1960, 5 ff
- Leo Die Gewährung von sog. Verkäuferprämien - eine Methode der Absatzförderung, WRP 1966, 153 ff
- Lion Entschleierte Schmiergelder?, MuW 1931, 488 ff
- Menkens Zum Anspruch des Arbeitgebers auf Herausgabe von "Schmiergeldern", Der Betrieb 1970, 686
- Niederreuther Der strafrechtliche Schutz gegen Bestechung, DJ 1940, 352 ff
- Nikisch Arbeitsrecht, I. Bd., Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Tübingen 1961

- Nipperdey Der Eingriff in schuldrechtlich festgelegte Interessensphären und § 687 Abs. 2 BGB, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, 163 ff
- Oertmann Deutsches Arbeitsvertragsrecht, o. Aufl., Berlin 1923
 zitiert als Oertmann, Arbeitsvertragsrecht
- Schmiergelder, Der junge Rechtsgelehrte, 1937, 49 ff
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 30. Aufl., München 1971
- Pinzger Der Bereicherungsanspruch im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1927, 269 ff
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Berlin-Leipzig 1928
- Pleyer Die Einstandspflicht des Unternehmers für seine Mitarbeiter im Rahmen des § 1004 BGB, AcP 161, 500 ff
- Potthoff Zur gesetzlichen Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs und des Schmiergelderunwesens, MuW 1909, 261 ff

Reimer	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 2. Aufl., Berlin 1947
Reinhardt	Anm. zu RG JW 1932, 2704
Riese	"Schmiergelder" im Arbeitsrecht, BB 1952, 774 f
Rosenthal	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 9. Aufl., Berlin und Frankfurt 1969
Rudloff-Blochwitz	Das Recht des Wettbewerbs, o. Aufl., Berlin 1938
Schemmel	Die zivilrechtliche Behandlung des Schmiergeldes, Diss. Göttingen 1931
Scheyhing	Leistungskondiktion und Bereicherung "in sonstiger Weise", AcP 157, 371 ff
Schlegelberger	Handelsgesetzbuch, 1. Bd., 4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1960
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, 15. Aufl., München 1970
Schulz, F.	System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105, 1 ff
Schwarz-Dreher	Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, 23. Aufl., München 1968

- Sievers Bestechung und Bestechlichkeit von Angestellten. Eine strafrechtlich-kriminologische Untersuchung zu § 12 UWG, Diss. Kiel 1963
- Silberschmidt Das deutsche Arbeitsrecht, o. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1926
- Söllner Herausgabe des Untermietzins bei unberechtigter Untervermietung?, JuS 1967, 449 ff
- Soergel-Siebert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1967
Bd. 3, Schuldrecht II, 1969
Bd. 4, Sachenrecht, 1968
- Spengler Geschenkwesen im Wettbewerb, MA 1953, 95 ff
- Die Bestechung als Erscheinung des unlauteren Wettbewerbs, Der Betrieb 1962, 1397 ff
- Sprüngli Der unlautere Wettbewerb, Grundzüge des Wettbewerbsrechtes in rechtsvergleichender Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen von Frankreich, England, Deutschland und der Schweiz, Diss. Zürich 1954
- Stark Die Bestechung von Angestellten in Handel und Gewerbe, Breslau 1909

- Staub Kommentar zum HGB, I. Band,
o. Aufl., Berlin-Leipzig 1932
III. Band, 1933
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch, 11. Aufl., Berlin
I. Band, Allgemeiner Teil, 1957
II. Band, Recht der Schuldver-
hältnisse, 3. Teil, 1958
- Stoll Vertrag und Unrecht, 4. Aufl.,
Tübingen 1944
- Stranz Juristische Rundschau, DJZ 1905,
991
- Tetzner Recht und Unrecht der Zugabe,
o. Aufl., Köln 1953
- Tillmann Konkurrierende Ansprüche auf das
Schmiergeld, Diss. Köln 1966
- Titze Die Treupflicht des Gehilfen, in:
Ehrenberg, Handbuch des gesamten
Handelsrechts, 2. Band, Leipzig
1918, 778 ff
- Wahrig Das Große Deutsche Wörterbuch,
o. Aufl., Gütersloh 1966
- Wassermann, R. Verschleierte Schmiergelder und
ähnliches , GRUR 1931, 549 ff
- Welzel Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl.,
Berlin 1969

Wolf, E.

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1965, 665 ff

Würdinger

RGR-Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. Band, 2. Aufl., Berlin 1953

EINLEITUNG

Das Schmiergeldunwesen ist eine weit verbreitete Unsitte ¹⁾; es spielt hauptsächlich im Wirtschaftsleben - und zwar innerhalb und außerhalb des Wettbewerbs - eine erhebliche Rolle, ist aber auch im privaten geschäftlichen Verkehr und darüber hinaus in allen Bereichen des Lebens anzutreffen.

Von Schmiergeld wird beispielsweise gesprochen, wenn der Käufer einer größeren Warenmenge den Angestellten des Verkäufers durch Geldzuwendungen veranlaßt, ihm besonders günstige Vertragsbedingungen einzuräumen.

Die Bekämpfung des Schmiergeldunwesens hat sich der bereits im Jahre 1911 gegründete "Verein gegen das Bestechungsunwesen e. V." zum Ziel gesetzt, dessen Tätigkeitsbereich in der Satzung folgendermaßen umschrieben wird:

"Der Verein hat die Aufgabe, das Bestechungs- und Schmiergeldunwesen im Zusammenwirken mit den Organen der Rechtspflege zu bekämpfen und damit zur Ehrbarkeit auf allen Gebieten des Wirtschaftslebens beizutragen. Der Verein sucht dies vornehmlich zu erreichen durch:

Veranlassung gerichtlicher Verfolgung in geeigneten Fällen durch Stellung von Strafanträgen; Verfolgung zivilrechtlicher Unter-

1) Näheres bei: Herzberg, Das Delikt der Bestechung von Privatangestellten nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909, S. 14; Brewe, Das Schmiergeldunwesen und seine Bekämpfung, Recht und Wirtschaft 1913, 12; Delius, Rechtsschutz gegen Bestechung der Angestellten, Gesetz und Recht 1918, 281; Sprüngli, Der unlautere Wettbewerb, S. 160; Spengler, Geschenkunwesen im Wettbewerb, RA 1953, 95 ff; Krähe, Aktive und passive Bestechung in betriebswirtschaftlicher Sicht, Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung, 1958, 262 ff.

lassungs- oder Schadensersatzansprüche
nach § 13 UWG in Bestechungsfällen" ¹⁾.

Die strafrechtliche Seite des Schmiergeldunwesens
(insbesondere die Strafbarkeit nach § 12 UWG) soll
in dieser Arbeit nicht untersucht werden.

Die Erörterung beschränkt sich auf die zivilrecht-
liche Problematik der Schmiergeldgewährung bzw. -an-
nahme, wobei die Besonderheiten des Schmieren im
wirtschaftlichen Wettbewerb berücksichtigt werden.
Wegen ihrer geringen praktischen Bedeutung ²⁾ sollen
die Fälle der fahrlässigen Bestechung/Bestechlich-
keit ³⁾ in dieser Arbeit nicht behandelt werden.
Aus dem gleichen Grunde werden auch die nicht im
privaten geschäftlichen Verkehr oder im Bereich des
Wirtschaftslebens liegenden Fälle, also Fälle, in
denen der erstrebte Vorteil nicht auf geschäftlichem,
sondern auf persönlichem ⁴⁾, wissenschaftlichem ⁵⁾,
politischem ⁶⁾ oder allgemein wirtschaftlichem ⁷⁾
Gebiet liegt, ausgeklammert. Ebenfalls soll die

¹⁾ Zitiert nach Krähe aaO S. 202; s. auch Hecht-
Kümpfel, Der Wettbewerb, S. 123, 124.

²⁾ Dem Verfasser ist kein einziger Rechtsprechungsfall
zu diesem Fragenkreis bekannt geworden.

³⁾ §§ 13 II 2, 13 I, II UWG; näheres s. b. Schemmel,
Die zivilrechtliche Behandlung des Schmiergeldes, S.
11 - 13.

⁴⁾ Z. B. die Gewährung von Vorteilen, um einer Strafe
zu entgehen; s. Stoll, Vertrag und Unrecht, S. 104;
RGZ 58, 204; auch RGZ 105, 245 ff.

⁵⁾ Z. B. die Beschaffung fremder Forschungsergebnisse
durch Bestechung, um die fremde Arbeit als eigene aus-
zugeben.

⁶⁾ Z. B. die Zahlung von erheblichen Geldbeträgen oder
der Abschluß von sog. Beraterverträgen, um einen Abge-
ordneten zum Parteiübertritt zu bewegen.

⁷⁾ Z. B. die Bestechung eines Nachtwächters durch Ein-
brecher, um die Tat ungestört begehen zu können.

Schmiergeldgewährung bzw. -annahme im Bereich des Sports ¹⁾ nicht erörtert werden. Die Einbeziehung dieser Fälle würde zu weit führen, weil die Beurteilung des Schmiergeldvorgangs sich nach den Statuten der einzelnen Verbände, insbesondere danach richtet, ob eine Zuwendung die Regeln der "Sportlichkeit" verletzt.

Aufgabe der Arbeit soll es sein, die Kriterien herauszustellen, die eine Zuwendung zum Schmiergeld machen (erster Teil), das Schmiergeld von verwandten Erscheinungsformen, z. B. Angestelltenprämien, Schweigegeld, Werbegeschenken und Trinkgeld, abzugrenzen (zweiter Teil) und die Praktikabilität des gefundenen Schmiergeldbegriffs hinsichtlich der Rechtsfolgen der Schmiergeldgewährung bzw. -annahme aufzuzeigen (dritter Teil).

Der Begriff des Schmiergeldes ist, obwohl nicht wenige Entscheidungen sich mit der Bestechung befassen ²⁾, von der Rechtsprechung vernachlässigt worden. Die Gerichte begnügen sich regelmäßig mit der Feststellung, es liege Schmiergeld vor, ohne an-

¹⁾ Man denke an den Bestechungsskandal in der Fußball-Bundesliga.

²⁾ Z. B. RG SeuffA 83 Nr. 194; RG HRR 1939 Nr. 1293; RG GRUR 1932, 463 = RGSt 66, 16 ff; RG GRUR 1938, 619 ff; RGSt 48, 291 ff; RGSt 58, 429 f; RG JW 1930, 1738 f; RGZ 134, 43 ff; OLG Stuttgart OLGE 40, 330; OLG Dresden SeuffA 63 Nr. 133; OLG Hamburg OLGE 18, 21; BGHZ 39, 1 ff = NJW 1963, 649 ff = GRUR 1963, 320 f = WRP 1963, 136 f; BGH Rspr.BauZ 3.01 - Bl. 303; BGH NJW 1965, 293 = Rechtsarchiv der Wirtschaft 1965 Nr. 280; BAG NJW 1961, 2036 = GRUR 1962, 320 f = BAG AP § 687 BGB Nr. 1; BAG AP § 687 BGB Nr. 3, 4; Beschluß des LG Düsseldorf 4 Q 54/52 v. 23.10.1952 zitiert nach Spengler MA 1953, 96.

zugeben, was darunter zu verstehen ist. Auch in der Literatur wird der privatrechtliche Schmiergeldbegriff nur andeutungsweise erörtert ¹⁾. Eine grundlegende Darstellung fehlt überhaupt ²⁾. Angesichts dieses Umstandes lag es nahe, den zivilrechtlichen Begriff des Schmiergeldes einmal umfassend zu behandeln.

Bei der Untersuchung ist mangels einer generellen zivilrechtlichen Verbotsnorm davon auszugehen, daß die Hingabe bzw. Annahme von Zuwendungen grundsätzlich erlaubt ist und mithin auch nicht bekämpft werden kann. Schmiergeld ist jedoch mit dem Makel des Unerlaubten und Anrühigen behaftet. Seine Bekämpfung ermöglicht die Rechtsordnung in vielen Beziehungen ³⁾.

Wegen des Fehlens einer allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Regelung können die Merkmale des Schmiergeldes nur aus den Entscheidungen der Gerichte und den Äußerungen der Literatur zum Schmiergeld hergeleitet werden. Dabei wird es zweckmäßig sein, den Begriff im Hinblick auf die möglichen Rechtsfolgen festzulegen. Eine Hilfe bei der Begriffsbestimmung bietet

1) Begriffsbestimmungen enthalten die Arbeiten von Schemmel aaO S. 13; Kontze, Das Bestechungsunwesen in Handel und Verkehr, S. 47; Lion, Entschleierte Schmiergelder?, MuW 31, 488; wörtlich mit Lion übereinstimmend Hirschenkrämer, Fallen "entschleierte Schmiergelder" unter § 12 UWG?, WRP 1965, 141; Certmann, Schmiergelder, Der junge Rechtsgelahrte, 1937, 49; s. auch Heiseke, "Schmiergelder" als Verkaufshilfen, WRP 1969, 362 ff; Brewe aaO S. 12; Delius aaO S. 281; Tillmann, Konkurrierende Ansprüche auf das Schmiergeld, S. 6.

2) Die einzigen größeren Arbeiten, die sich mit der zivilrechtlichen Seite des Schmiergeldes befassen, nämlich die Arbeiten von Tillmann und Schemmel (s. Fn. 1), behandeln Sonderfragen.

3) §§ 123, 138, 667, 687 Abs. 2, 823 Abs. 1, 823 Abs. 2, 826, 1004 BGB, culpa in contrahendo, positive Forderungsverletzung sowie §§ 12, 13 UWG.

auch § 12 UWG (Bestechung von Angestellten). Im übrigen wird zwischen dem allgemeinen bürgerlich-rechtlichen und dem wettbewerbsrechtlichen Bereich zu unterscheiden sein, weil es einen gemeinsamen Begriff angesichts der besonderen Voraussetzungen, die die Vorschriften der §§ 12 Abs. 1, 2, 13 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 Ziff 2 und Abs. 3 UWG aufstellen, nicht geben kann.

E r s t e r T e i l

DIE MERKMALE DES SCHMIERGELDES

1. K a p i t e l

DIE ZU UNTERSUCHENDEN FALLGRUPPEN

Zur Verdeutlichung der Aufgabenstellung seien die Sachverhalte einiger Schmiergeldentscheidungen der Rechtsprechung, geordnet nach den zu erörternden Fallgruppen, zusammengestellt:

I. Schmiergeldfälle im Wirtschaftsleben (im geschäftlichen Verkehr) außerhalb des Wettbewerbs

1. "Hauskauffall" ¹⁾

Eine Firma kaufte für ihren alleinigen Gesellschafter und dessen Ehefrau ein Hausgrundstück. Dem an den Verhandlungen beteiligten Privatsekretär H des Gesellschafters wurde von dem Verkäufer eine Provision für den Fall zugesagt, daß er sich für den Abschluß des Vertrags zu günstigen Bedingungen einsetze. H wurde für den Verkäufer tätig und erhielt die versprochene Zuwendung nach Abschluß des Vertrags.

2. "Fabrikverkaufsfall" ²⁾

Ein Fabrikant verkaufte sein Unternehmen durch Vermittlung des F an eine Frau Z. Die Z hatte den F zur unparteiischen Beratung hinzugezogen.

1) In Anlehnung an RGZ 134, 43 ff.

2) OLG Stuttgart OLGE 40, 330.

F verlangte für die Geltendmachung seines Einflusses zugunsten des Fabrikanten auf die Z von dem Fabrikbesitzer einen Geldbetrag, den er auch zugesichert erhielt.

II. Schmiergeldfälle im privaten geschäftlichen

Verkehr

1. "Erbauseinandersetzungsfall" ¹⁾

Die in Miterbengemeinschaft stehenden Brüder A und B schlossen einen Erbauseinandersetzungsvertrag. Hierbei war A durch den Makler E vertreten. B zahlte dem E 700.000 RM und bestimmte ihn dadurch zum Abschluß eines für A sehr nachteiligen Vertrags.

2. "Miterben-Vollmachtsfall" ²⁾

Bei dem Verkauf eines Grundstücks durch Miterben hatte sich der die Verhandlung führende Ehemann M einer der Verkäuferinnen, die zugleich ihre Mutter als Bevollmächtigte vertrat, in Kenntnis seiner Ehefrau, aber ohne Wissen der anderen Miterben, eine hohe Sondervergütung von dem Käufer dafür zahlen lassen, daß er den Kaufpreis niedrig hielt. Der Ehemann war als "männlicher Beschützer und Berater" aufgetreten.

III. Schmiergeldfälle im Wirtschaftsleben (im geschäftlichen Verkehr) innerhalb des Wettbewerbs

1. "Architektenfall" ³⁾

Der bauleitende Architekt A hatte nach dem

¹⁾ RG HRR 1939 Nr. 1293.

²⁾ RG SeuffA 83 Nr. 194; ähnliche Fälle: RG SeuffA 79 Nr. 138; RG JR 1925 Nr. 1447; RG HRR 1930 Nr. 486; RGZ 132, 131 ff.

³⁾ In Anlehnung an BGH Rspr.BauZ 3.01 - Bl. 303; ähnlich OLG Düsseldorf DRZ Beil.Rspr. 1935 Nr. 195.

Architektenvertrag mit dem Bauherrn das Recht, einen Bauunternehmer auszuwählen. B versprach ihm für den Fall, daß die Wahl auf ihn fallen würde, einen Teil des erhaltenen Werklohns. Nachdem A ihn, obwohl günstigere Angebote vorlagen, ausgesucht hatte, zahlte er.

2. "Spedititionsfall" 1)

S war bei einer Spedititions- und Autotransportfirma als Stadtexpedient beschäftigt. Seine Aufgabe bestand darin, die im Stadtnahverkehr zu transportierenden Güter heranzuholen und auszurollen. Hierfür wurden selbständige Transportunternehmer herangezogen, die S auszuwählen, zu beauftragen und mit denen er die Frachten abzurechnen hatte.

S erhielt von einigen Frachtführern Zuwendungen entweder in Form von Festbeträgen oder in Form von bestimmten Prozentsätzen des gezahlten Entgelts. Diese Frachtführer bedachte er bevorzugt mit Aufträgen. Die Frachtführer machten die Zuwendungen in der Erwartung, auch in Zukunft günstige Führen zu bekommen.

3. "Drahtseilbahnfall" 2)

Die Lieferantin einer Drahtseilbahn stellte dem Vorstandsmitglied D einer bergrechtlichen Gewerkschaft Zuwendungen in Aussicht, falls D sie empfehle und ihr zu dem Auftrag ver helfe. D verlangte ein Auto und erwiderte auf den Vorhalt, daß dies wohl zu viel wäre, er könne der Lieferantin auch in Zukunft zu weiteren Geschäften ver helfen. Nach der Erteilung des Auftrags erhielt D das Auto.

4. "Ladeneinrichtungsfall" 3)

Eine Lebensmittelgroßhändlerin vermittelte ihren Kunden, den Einzelhändlern, auch den Kauf von Ladeneinrichtungsgegenständen. Die für die Anschaffung erforderlichen Beträge gewährte sie als Darlehen. Für ihre Vermittlungstätigkeit er-

1) BAG GRUR 1962, 320 f = NJW 1961, 2036 = BAG AP S 687 BGB Nr. 1.

2) OLG Dresden SeuffA 63 Nr. 132.

3) In Anlehnung an BGHZ 39, 1 ff = NJW 1963, 649 ff = GRUR 1963, 320 f = WRP 1963, 136 f.

hielt sie von den Verkäufern der Ladeneinrichtungsgegenstände Provision. Dem Angestellten L der Großhändlerin oblag es, mit den Lieferanten die Provisionen (Rabattsätze) auszuhandeln und Aufträge zu vergeben. Die Lieferanten gewährten ihm für die Auftragserteilung und ein Entgegenkommen bei der Festsetzung der Rabattsätze Sondervorteile, die zum Teil ihm, zum Teil seiner Ehefrau zugeflossen sind.

2. Kapitel

ALLGEMEINES ZUM BEGRIFF DES SCHMIERGELDES

Der Sprachgebrauch ist für die Erfassung des juristischen Begriffs des Schmiergeldes unergiebig.

"Schmiergeld" und "Bestechungsgeld", "schmieren" und "bestechen" werden in der Sprache des täglichen Lebens in der gleichen Bedeutung gebraucht ¹⁾.

Diese Gleichsetzung kann für den juristischen Sprachgebrauch jedoch nicht uneingeschränkt gelten. Während nämlich die Bestechung begrifflich nur zwei Beteiligte, den Bestecher und den Bestochenen, voraussetzt ²⁾, sollte von einem Schmiergeldfall nur gesprochen werden, wenn mindestens drei Beteiligte, der Geber (Schmierer), der Empfänger (Geschmierter), der Dritte ³⁾ (z. B. der Geschäftsherr) und - in Wettbewerbsfällen als vierte Person - ein Mitbewerber vorhanden sind ^{4) 5)}.

1) Der Große Brockhaus, 10. Band, S. 436, 2. Band, S. 58; Wahrig, Das Große Deutsche Wörterbuch, Spalte 3136, 3137; Der Große Duden, Etymologie, S. 614.

2) S. §§ 331 ff StGB; s. Korte, Schenken und Geschenke in der Wirtschaft, S. 27 f. Es können wie bei der Angestelltenbestechung des § 12 UWG, allerdings auch weitere Beteiligte (Geschäftsherr, Mitbewerber) vorhanden sein.

3) Dazu s. u. S. 59.

4) Der Begriff der Bestechung/Bestechlichkeit ist also im Verhältnis zum Schmiergeldbegriff der weitere. Daraus folgt, daß wohl das Schmieren als Bestechen, nicht aber das Bestechen in jedem Fall als Schmieren bezeichnet werden kann.

5) Im "Speditionsfall" (s. o. S. 8) beispielsweise sind die Frachtführer die Geber, der Stadtexpedient S ist der Empfänger der Zuwendung und der Inhaber der Speditionsfirma ist der Dritte. Außerdem sind die Frachtführer, die S keine Zahlungen zukommen lassen, Mitbewerber. Die schmzierenden Frachtführer wollen durch Beeinflussung des S für sie besonders günstig ausgestaltete Verträge mit dem Inhaber der Spedition abschließen.

Die Einflußnahme auf dem Umweg über die Person des Zuwendungsempfängers charakterisiert das Schmiergeld. Dieses Ergebnis läßt sich unschwer aus sämtlichen Entscheidungen ablesen, in denen sich die Rechtsprechung mit Schmiergeld zu befassen hatte ¹⁾. Auch in der Literatur wird diese Auffassung einheitlich vertreten ²⁾.

Fehlt der Umweg über die Person des Zuwendungsempfängers, der in der Regel Angestellter oder Beauftragter ist ³⁾, und wird die Zahlung unmittelbar an den Geschäftspartner, im "Speditionsfall" also an den Inhaber, erbracht, liegt begrifflich kein Schmiergeld vor ⁴⁾.

Zählt beispielsweise der Vertreter eines Herstellers von Rundfunk- und Fernsehgeräten dem Inhaber eines Einzelhandelsgeschäfts einen Betrag, um mit ihm ins Geschäft zu kommen, und bestellt der Inhaber daraufhin einige Geräte, ist er zwar durch die Zuwendung beeinflußt worden, ein Schmiergeldfall liegt jedoch nicht vor. Vielmehr handelt es sich um einen in dieser besonderen Form bewilligten Preisnachlaß.

Die Fälle, in denen Zuwendungen irgendwelcher Art dem Geschäftspartner selbst zufließen, sind also, weil sie nicht unter den Schmiergeldbegriff fallen,

¹⁾ Als Beispiele mögen die oben (S. 6 - 9) aufgeführten Rechtsprechungsfälle dienen.

²⁾ Z. B. Schemmel aaO S. 2; Oertmann aaO, Der junge Rechtsgelahrte, S. 49; Lion aaO S. 489; Kontze aaO S. 47; Heiseke aaO S. 362; Brewe aaO S. 12; Delius aaO S. 281.

³⁾ Näheres dazu s. u. S. 22 ff.

⁴⁾ Z. B. Schemmel aaO S. 2; Lion aaO S. 489.

bei den nachfolgenden Erörterungen auszuklammern.

Für die Erfassung des wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriffs gibt § 12 UWG, der über § 13 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Ziff. 2 und Abs. 3 UWG auch im Zivilrecht maßgebend ist, den entscheidenden Anhaltspunkt.

§ 12 (Bestechung von Angestellten) lautet:

I. Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr und mit Geldstrafe oder mit einer diëser Strafen wird, soweit nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt wird, bestraft, wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbs dem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs Geschenke oder andere Vorteile anbietet, verspricht oder gewährt, um durch unlauteres Verhalten des Angestellten oder Beauftragten bei dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen eine Bevorzugung für sich oder einen Dritten zu erlangen.

II. Die gleiche Strafe trifft den Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs, der im geschäftlichen Verkehre Geschenke oder andere Vorteile fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, damit er durch unlauteres Verhalten einem anderen bei dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb eine Bevorzugung verschaffe.

III. Im Urteil ist zu erklären, daß das Empfangene oder sein Wert dem Staate verfallen sei".

Es wird zweckmäßig sein, die Beziehungen zwischen den einzelnen Beteiligten auf die entscheidenden

Kriterien hin zu untersuchen, da es sich notwendigerweise um wenigstens drei Beteiligte handelt. Hierbei soll zunächst die objektive, dann die subjektive Seite des Schmiergeldbegriffs an Hand der Rechtsprechungsfälle und der einschlägigen Literatur erörtert werden.

3. K a p i t e l

DIE OBJEKTIVEN MERKMALE DES SCHMIERGELDES IM VERHÄLTNIS GEBER/EMPFÄNGER

Aufgabe dieses Teils der Arbeit ist es, an Hand von Rechtsprechung, Literatur und gesetzlichen Vorschriften die objektiven Kriterien des Schmiergeldes, soweit sie in den Beziehungen zwischen Geber und Empfänger zutage treten, zu untersuchen.

I. Die Arten der Vorteilsgewährung

Der Begriff "Schmiergeld" darf nicht wörtlich verstanden werden. Als Bestechungsmittel kommt zwar die Zahlung von Geld am häufigsten vor ¹⁾, Vorteile anderer Art gehören aber, sofern die Lage des Bedachten irgendwie verbessert wird ²⁾, ebenso hierher.

Neben die Zahlung von Bargeld, die oft als Provision, Gratifikation oder Prämie umschrieben wird ³⁾, tritt die Zuwendung von Geldwerten, insbesondere von Wertpapieren, Schuldanerkennnissen ⁴⁾ oder Geschäftsanteilen einer GmbH ⁵⁾.

1) Geerds, Die Korruption im Wirtschaftsleben (Vortrag), S. 20.

2) RG NuW 41, 196 (197).

3) Geerds, Vortrag, S. 20; Sievers, Bestechung und Bestechlichkeit von Angestellten, S. 30.

4) Geerds, Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und seine Konsequenzen für die Rechtsprechung und Gesetzgebung, S. 77; Sievers aaO S. 30.

5) RGSt 68, 113 ff.

Auch Sachwerte spielen eine erhebliche Rolle. In dem "Drahtseilbahnfall" ¹⁾ war es ein Auto, aber auch andere Güter, in erster Linie Nahrungs- und Genußmittel - man denke an einen sog. Präsentkorb- oder kostspielige Blumenarrangements, Radio- und Fernsehgeräte, Kühlschränke, Schmuck, Pelzmäntel, Kunstgegenstände oder Antiquitäten- kommen als Bestechungsmittel in Betracht ²⁾. Diese Reihe ließe sich beliebig fortsetzen; jeder Gegenstand von irgendeinem Wert kann zur Bestechung verwendet werden.

Die Sachzuwendungen werden - ebenso wie die Geldzuwendungen - fast immer verschleiert ³⁾. Man spricht von Höflichkeitsgeschenken, Reklamegegenständen, "Aufmerksamkeiten" oder benutzt Jubiläen, Geburtstage und sonstige geeignete Anlässe, um die Geschenke dem Empfänger unauffällig zukommen zu lassen.

Als Vorteile kommen auch Nutzwerte in Betracht, die dadurch gekennzeichnet sind, daß sie dem Empfänger zur Ersparung von Aufwendungen verhelfen ⁴⁾. Hier ist an Dienst- und Werkleistungen zu denken, die leihweise Überlassung von Grundstücken ⁵⁾ oder Autos, aber auch an alle Formen der Bewirtung, angefangen von der wohl in der Regel harmlosen Beköstigung bei Dienst- oder Ge-

1) S. o. S. 8 - OLG Dresden SeuffA 63 Nr. 133.

2) Geerds, Vortrag, S. 21; Sievers aaO S. 31.

3) Geerds, Vortrag, S. 22; Sievers aaO S. 31, 32.

4) Geerds, Vortrag, S. 22; ders. Unrechtsgehalt, S.

77.

5) "Pachtland" s. RGSt 64, 296 ff.

schäftsbesuchen ¹⁾ über ausgedehnte Zechtouren, Barbesuche, Jagdeinladungen bis hin zu Urlaubseinladungen ²⁾. Schließlich gehören auch Eintrittskarten zu kulturellen, sportlichen, gesellschaftlichen oder sonstigen Veranstaltungen ebenso in diesen Bereich ³⁾ wie die Hingabe von Gutscheinen für den Bezug von Waren oder sonstigen Leistungen wie z. B. die Anfertigung einer Porträtaufnahme ⁴⁾.

Die Darstellung der Arten der Vorteilsgewährung kann naturgemäß nicht abschließend sein. Jeder irgendwie geartete Vorteil kann als Mittel zur Beeinflussung eines anderen eingesetzt werden. Man denke nur an die Möglichkeit, sich durch absichtliches Verlieren beim Poker- oder Skatspiel das Wohlwollen des Gewinners zu verschaffen.

Neben den bisher allein angeführten materiellen Zuwendungen stehen, wenn auch äußerst selten ⁵⁾, die immateriellen Zuwendungen ⁶⁾. Hierher gehören z. B. die Verleihung von Titeln und Orden ⁷⁾, die Gewährung des Geschlechtsverkehrs ⁸⁾ oder die Einführung eines Angestellten in einen vornehmen Club ⁹⁾.

1) Geerds, Vortrag, S. 22.

2) Geerds, Vortrag, S. 22; Sievers aaO S. 32.

3) Sievers aaO S. 32.

4) Sievers aaO S. 32.

5) Geerds, Vortrag, S. 22; Sievers aaO S. 32.

6) Herzberg aaO S. 42 f; Sievers aaO S. 32; Jülich, Bestechung und Bestechlichkeit von Angestellten, S. 26; Kohler, Der unlautere Wettbewerb, S. 271; Rudloff-Blochwitz, Das Recht des Wettbewerbs, S. 237; Würdinger in RGRK (HGB) § 59 Anm. 40; Callmann, Der unlautere Wettbewerb, § 12 UWG Rdn. 5.

7) Geerds, Unrechtsgehalt, S. 66.

8) RGSt 64, 291.

9) Sievers aaO S. 32 mit weit. Nachw.

Geerds ¹⁾ will aus den für die Bestechung in Betracht kommenden Vorteilen diejenigen immaterieller Natur in erster Linie deshalb ausklammern, weil die Abgrenzung zu nicht meßbaren Gunstbezeugungen (Freundlichkeit, Charme) derart unsicher werde, daß sie mit dem Grundsatz der Bestimmtheit der Straftatbestände unvereinbar sei ²⁾.

Dieser Gesichtspunkt trifft im zivilrechtlichen Bereich, in dem es ja nicht um die Bestrafung des Bestechers geht, ebensowenig zu wie das weitere Argument von Geerds ³⁾, die Handlung des Bestechers sei häufig unter einem anderen strafrechtlichen Aspekt (z. B. § 174 StGB) als dem der Bestechung zu würdigen.

Nach dem Sprachgebrauch dürften zwar immaterielle Vorteile dem Schmiergeld eher nicht zuzuordnen sein, für ihre Einbeziehung spricht aber die Überlegung, daß der durch den immateriellen Vorteil Begünstigte genauso beeinflußt werden kann, als hätte er eine materielle Zuwendung erhalten. Die Verleihung von Titeln und Orden wird zwar im Privatrechtsverkehr kaum eine Rolle spielen, eher ist schon an sonstige Auszeichnungen, Ehrenurkunden o. ä. zu denken, auch die Gestattung des Beischlafs oder die Ermöglichung der Mitgliedschaft in einem exklusiven Club mögen als Mittel der Bestechung in Betracht kommen.

Mit dieser grundsätzlichen Einbeziehung immaterieller Vorteile ist allerdings noch nicht gesagt, daß jeder

1) Unrechtsgehalt, S. 64 ff.

2) Geerds, Unrechtsgehalt, S. 66, 67.

3) Geerds, Unrechtsgehalt, S. 67.

Vorteil dieser Art zum Schmiergeld gerechnet werden muß. Allgemeine Gunstbezeugungen, ein Kuß, bloße Freundlichkeit oder Charme werden sicherlich auszuklammern sein ¹⁾.

Das Problem, wo die Grenze zwischen harmlosen und nicht harmlosen Zuwendungen zu ziehen ist, stellt sich ebenso für die materiellen Zuwendungen ²⁾.

II. Unmittelbare und mittelbare Gewährung

von Vorteilen

Wenn bisher nur von Zuwendungen an den Bestochenen die Rede war, so bedeutet dies nicht, daß der Vorteil ihm in jedem Fall unmittelbar zufließen muß. Es reicht aus, wenn Angehörige oder sonst dem zu Bestechenden nahestehende Personen in den Genuß der Vorteile kommen ³⁾. Im "Ladeneinrichtungsfall" ⁴⁾ beispielsweise zahlten die Lieferanten der Einrichtungsgegenstände Geldbeträge nicht nur an den Angestellten L der Großhändlerin, sondern auch an dessen Ehefrau.

¹⁾ Näheres dazu unten S. 170 ff, 176 Fn. 5.

²⁾ Näheres dazu s. unten S. 169 ff.

³⁾ Allg. Meinung: Hollinde, Die Angestelltenbestechung, S. 35-37; Herzberg aaO S. 44 f; Jülich aaO S. 26; Köhler, Der unlautere Wettbewerb, S. 271; Bernheim, Die Bekämpfung des Bestechungsunwesens in der Wirtschaft, S. 9; Freytag, Das Verhältnis des § 12 UWG zum Tatbestand der Untreue § 266 StGB in der Fassung v. 26.5.33, S. 10; Würdinger RGRK (HGB) § 59 Anm. 40; Schlegelberger-Schröder aaO § 59 Rdnr. 42; Rosenthal, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, § 12 UWG Rdnr. 15; Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr. 6; Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 19; Finger, Das Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, § 12 UWG Rdnr. 19; Rudolf-Blochwitz, Das Recht des Wettbewerbs, S. 237; Geerds, Unrechtsgehalt, S. 84 f.

⁴⁾ S. o. S. 8, 9.

Die Gleichbehandlung mit den Fällen unmittelbarer Gewährung ist gerechtfertigt, weil dem zu Bestechenden hier die Vorteile indirekt zugute kommen, etwa dadurch, daß er Ausgaben erspart. Im "Ladeneinrichtungsfall" kann die Ehefrau des L Anschaffungen machen, ohne ihren Mann um die hierfür erforderlichen Beträge zu bitten. Deutlicher wird dies in einem anderen - vom Reichsgericht ¹⁾ entschiedenen - Fall, in dem die Kinder eines Angestellten mit Spielzeug beschenkt wurden und seine 19-jährige Tochter eine feste Anstellung erhielt.

Mittelbare Zuwendungen liegen allerdings nur dann vor, wenn der zu Bestechende von den Zuwendungen weiß und nicht, wenn mit ihnen nur die Fürsprache der jeweiligen Mittelsperson, ihr persönlicher Einfluß, erkaufte werden soll ²⁾.

III. Der Kreis der als Bestecher und als Bestochener in Betracht kommenden Personen

1. Im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht ³⁾ fehlt im allgemeinen bürgerlichen Recht eine Vorschrift, die den Zuwendenden und den Zuwendungsempfänger charakterisiert.

Deshalb ist zunächst davon auszugehen, daß jeder Beliebige schmieren bzw. geschmiert werden kann, sofern nur der erstrebte Vorteil auf geschäftlichem Gebiet liegt ⁴⁾.

¹⁾ RG JW 1935, 1861.

²⁾ Jülich aaO S. 26; Hollinde aaO S. 37; Herzberg aaO S. 45.

³⁾ S. § 12 Abs. 1, 2 UWG.

⁴⁾ Diese Einschränkung folgt aus der Begrenzung des Themas; s. o. S. 2f.

Als Schmierer kommt also jeder in Betracht, der im privaten geschäftlichen Verkehr oder im geschäftlichen Verkehr des Wirtschaftslebens außerhalb des Wettbewerbs seine Interessen durch Gewährung von Vorteilen durchzusetzen sucht.

Der Kreis der Geschmierten bedarf demgegenüber einer Einschränkung. Das zeigen die oben dargestellten Beispiele. Der Privatsekretär H im "Hauskauffall" ¹⁾, der Berater F im "Fabrikverkauffall" ²⁾, der Makler E im "Erbaueinändersetzungsfall" ³⁾ und der Ehemann M im "Miterbenvollmacht-fall" ⁴⁾ haben eine besondere Stellung inne, die sie von jedermann unterscheidet.

H ist Angestellter, F und E sind Beauftragte des Geschäftspartners des jeweils Zuwendenden und M steht zu den Partnern (Miterben) in einem tatsächlichen Vertrauensverhältnis. Allen ist gemeinsam, daß sie auf die wirtschaftliche Geschäftsführung des Geschäftspartners, für den sie auf Grund Vertrages (Dienstvertrag, Auftrag) oder persönlichen Vertrauens tätig werden, Einfluß haben ⁵⁾.

Anders als in den behandelten Beispielen kann die Stellung des Empfängers der Zuwendung ihrer Art nach auch eine untergeordnete sein ⁶⁾. Veranlaßt beispielsweise jemand den Privatchauffeur eines

1) S. o. S. 6.

2) S. o. S. 6, 7.

3) S. o. S. 7.

4) S. o. S. 7.

5) S. dazu Schemmel aaO S. 5, 9, 11, 13.

6) Schemmel aaO S. 9.

anderen durch Bestechung, seinem Arbeitgeber vorzuspiegeln, der Wagen sei "verbraucht" und kaum noch zu reparieren, und verkauft der Besitzer das Fahrzeug daraufhin an den Bestecher, den der Chauffeur wie verabredet als Interessenten benannt hatte, so hat der Chauffeur, obwohl in seinen Aufgabenbereich nicht die Anschaffung bzw. die Veräußerung von Kraftwagen fällt und ermitte hin für den Verkauf nur eine untergeordnete Stellung hat, dennoch mit Erfolg seinen Einfluß geltend gemacht.

Entscheidend für die Person des Bestochenen ist daher die Möglichkeit, Einfluß auszuüben.

Als Empfänger der Zuwendung kommt demnach jeder in Frage, der auf die wirtschaftliche Geschäftsführung eines anderen einen auf rechtlichen Gründen (Dienstvertrag, Arbeitsvertrag, Auftrag) oder auch nur auf tatsächlichem Vertrauen beruhenden Einfluß hat ¹⁾.

2. Innerhalb des Wettbewerbs ist der Kreis der als Geber und Empfänger in Betracht kommenden Personen durch § 12 Abs. 1 und Abs. 2 UWG gekennzeichnet.

Schmierer kann nach § 12 Abs. 1 UWG nur ein Mitbewerber sein oder jemand, der für einen Mitbe-

¹⁾ Da der Geschmierte in den meisten Fällen Angestellter ist, wird er der Einfachheit halber im folgenden als Beispiel angeführt werden.

werber tätig ist ¹⁾. So versuchen im "Architektenfall" ²⁾ der Unternehmer B, im "Speditionsfall" ³⁾ die Transportunternehmer, im "Drahtseilbahnfall" ⁴⁾ die Lieferantin und im "Ladeneinrichtungsfall" ⁵⁾ die Verkäufer der Einrichtungsgegenstände durch die Zuwendungen einen Vorsprung vor ihren Konkurrenten zu erlangen; sie alle sind Mitbewerber. Genauso denkbar wäre es natürlich, daß jeweils Angestellte der Mitbewerber für sie tätig würden. Geschmierter ist nach § 12 Abs. 1 und Abs. 2 UWG der "Angestellte oder Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs" ⁶⁾.

"Angestellter" in diesem Sinne ist nach einhelliger Ansicht jeder, der für den Betrieb entgeltlich oder unentgeltlich dauernd vertragliche Dienste leistet und zwar ohne Rücksicht auf den Charakter des Dienstverhältnisses. Deshalb fällt jeder in einem Betrieb Beschäftigte, der Lehrling ebenso wie ein leitender Angestellter, ein Vorstands- und Aufsichtsratsmitglied ebenso wie der Geschäftsführer einer juristischen Person des Handelsrechts, hierunter ⁷⁾. Naturgemäß ist nur der Inhaber selbst ausge-

1) Sievers aaO S. 10; Herberg aaO S. 22; Hollinde aaO S. 17; Kintig, Der Begriff der Unlauterkeit im Wettbewerbsrecht, S. 49; Sprünqli aaO S. 60; Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 4; Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr. 16; Finger aaO § 12 UWG Rdnr. 13; Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 17; ebenso Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, § 12 UWG Rdnr. 3 u. 10.

2) S. o. S. 7, 8.

3) S. o. S. 8.

4) S. o. S. 8.

5) S. o. S. 8, 9.

6) Vgl. Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 29; Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr. 4.

7) v. Godin-Hoth, Wettbewerbsrecht, § 13 UWG Anm. 10, § 12 UWG Anm. 4; Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 4 m.w.N.; Finger aaO § 12 UWG Rdnr. 17; Delius aaO S. 287; Belger, Die Zulässigkeit von Werbegeschenken an Angestellte unter dem Gesichtswinkel des § 12 UWG, S. 21 ff m. w. N.

nommen ¹⁾.

Als "Beauftragter" ist anzusehen, wer weder Angestellter noch Inhaber des Betriebes ist und befugtermaßen (auf Grund eines Vertragsverhältnisses) für den Geschäftsbetrieb eines anderen irgendwie tätig ist ²⁾, also beispielsweise Handelsvertreter, Agenten und Volontäre.

Der Begriff des Angestellten und Beauftragten ist weit auszulegen ³⁾, damit der Inhaber, der nach § 13 Abs. 3 UWG auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann, wenn Angestellte oder Beauftragte seines Betriebes Bestechungshandlungen vornehmen, sich nicht hinter von ihm Abhängigen verstecken kann.

Begrenzt wird dieser Personenkreis jedoch dadurch, daß es sich um Angestellte oder Beauftragte eines "geschäftlichen Betriebs" handeln muß, worunter man "jede dauernde im Handel und Verkehr mit der Erzielung von Einnahmen verbundene Tätigkeit" ⁴⁾ versteht. Anders als bei dem Begriff des Handels- und Gewerbebetriebs des HGB und der GewO sind auch die Tätigkeiten der sog. freien Berufe (z. B. Ärzte, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer) einbezogen ⁵⁾. Im Gegensatz zu dem geschäftlichen Betrieb stehen

¹⁾ S. o. S. 11, 12.

²⁾ RGZ 151, 292; BGH WRP 1968, 292 (293); v. Godin-Hoth aaO § 13 UWG Anm. 10; Baumbach-Hefermehl aaO § 13 UWG Rdnr. 39.

³⁾ BGH WRP 1968, 292 (293); v. Godin-Hoth aaO § 13 UWG Anm. 10.

⁴⁾ Unstr.; z. B. v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 4.

⁵⁾ Unstr.; s. z. B. v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 4; Niederreuther, Der strafrechtliche Schutz gegen Bestechung, DJ 1940, S. 359; Reimer aaO § 12 UWG Rdnr. 4.

einerseits die Ämter und Behörden ¹⁾ und andererseits Privatleute ²⁾. Öffentliche Unternehmen sind unter bestimmten Voraussetzungen zu den geschäftlichen Betrieben zu rechnen. Maßgebend ist hierfür nicht die Frage des behördenmäßigen oder fiskalischen Aufbaus ³⁾, sondern die Frage, ob das Unternehmen für die Dauer seines Bestehens seine wesensmäßigen Aufgaben dadurch vollzieht, daß es durch Austausch von Leistung und Gegenleistung am Wirtschaftsleben teilnimmt ⁴⁾.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß innerhalb des Wettbewerbs Angestellte von Privatleuten (z. B. Privatchauffeure, Gärtner oder Hausangestellte) ⁵⁾ oder Behördenbedienstete ⁶⁾ im Rahmen hoheitlicher Tätigkeit aus dem Kreis der möglicherweise Geschmierten ausscheiden.

IV. Die Handlungen des Gebers und des Empfängers der Zuwendung

1. Während in § 12 Abs. 1 und Abs. 2 UWG die Handlungen des Bestechers und des Bestochenen für die Fälle innerhalb des Wettbewerbs ⁷⁾ als "anbieten, versprechen oder gewähren" (§ 12 Abs. 1 UWG) bzw. als

¹⁾ Unstr.; z. B. Belger aaO S. 22; v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 4.

²⁾ Unstr.; z. B. v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 4; Belger aaO S. 23.

³⁾ So noch RG JW 1918, 446 und RG GRUR 1933, 43 f.

⁴⁾ BGH NJW 1957, 1604 (1606); BGHSt 2, 401 f.

⁵⁾ Belger aaO S. 49; außerhalb des Wettbewerbs kommen diese Personen allerdings als Bestochene in Betracht; s. o. S. 19 ff.

⁶⁾ Für sie gelten die §§ 331 ff StGB.

⁷⁾ S. o. S. 7 - 9.

"fordern, sich versprechen lassen oder annehmen" (§ 12 Abs. 2 UWG) beschrieben werden, fehlt für die Fälle im außerwettbewerbsrechtlichen Bereich ¹⁾ eine entsprechende Regelung. Fraglich ist daher, ob auch hier das Anbieten und Versprechen bzw. das Fordern und Sichversprechenlassen als Tathandlung anzusehen ist.

2. Für die Übernahme der Kennzeichnung der Tathandlung in § 12 UWG auf die Fallgruppen außerhalb des Wettbewerbs spricht zunächst, daß die Handlung als solche nicht durch besondere wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte geprägt ist.
3. Die Einbeziehung der Vorformen der Gewährung bzw. der Annahme in die Tathandlung erweist sich als zutreffend, weil für den Schmiergeldbegriff die Hingabe ²⁾ der Zuwendung nicht wesentlich ist. Bleibt es z. B. im "Hauskauffall" ³⁾ und "Fabrikverkaufsfall" ⁴⁾ beim Schmiergeldversprechen ⁵⁾, kommt es also nicht zur Hingabe der Zuwendung, liegt ebenfalls ein Schmiergeldfall vor. Das folgt daraus, daß dem Schmiergeld gewisse Ausstrahlungen ⁶⁾, nämlich Vorwirkungen, eigentümlich sind.

a) Mit dem Begriff "Vorwirkung" soll die Eigenschaft des Schmiergeldes bezeichnet werden, seinen "Schatten vorauszuwerfen". Diese Eigenschaft besteht darin, daß derjenige, dem eine Zuwendung in Aussicht ge-

1) S. o. S. 6, 7.

2) Gleiches gilt natürlich auch für die Annahme.

3) S. o. S. 6.

4) S. o. S. 6, 7.

5) Gleiches gilt natürlich auch für das Anbieten.

6) S. dazu auch unten S. 51 ff.

stellt wurde, schon auf Grund der Zusage seinen Einfluß auf den Dritten geltend macht ¹⁾, wobei es, da die Einwirkung auf den Dritten bereits abgeschlossen ist, natürlich gleich bleibt, ob die Hingabe der Zuwendung später tatsächlich erfolgt oder nicht.

b) Die als Vowirkung bezeichnete Eigenschaft ist in Literatur und Rechtsprechung unter verschiedenen Gesichtspunkten andeutungsweise behandelt worden.

aa) Planck ²⁾ verneint die Pflicht zur Herausgabe nachträglichler Zuwendungen an den Geschäftsherrn, "es sei denn, daß sie bereits vorher zugesichert waren". Damit berücksichtigt Planck zutreffend die Vorwirkung des Schmiergeldes ³⁾.

bb) Bei der Frage, ob eine Treuepflichtverletzung des Angestellten vorliegt, klingt die Vorwirkung des Schmiergeldes ebenfalls an.

In der Literatur besteht Einigkeit, daß der Angestellte Zuwendungen, die ihn dazu veranlassen sollen, auf seinen Dienstherrn in bestimmter Weise

¹⁾ So z. B. der Privatsekretär H im "Hauskauffall" (S. 6).

²⁾ Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, 2. Hälfte, § 667 Anm. 23.

³⁾ Zu weitgehend Düringer-Hachenburg-Hoeniger, Das Handelsgesetzbuch, § 59 Anm. 21, der einen Herausgabeanspruch selbst dann bejaht, wenn die Zuwendung dem Angestellten nicht vorher zugesichert war. Hier dürfte ein Tätigwerden des Angestellten mit Rücksicht auf den Vorteil ausscheiden, es sei denn, der Angestellte konnte auf Grund längerer Erfahrung mit einer Zuwendung rechnen.

Einfluß zu nehmen, weder annehmen noch sich versprechen lassen darf ¹⁾.

Nach Schlegelberger-Schröder ²⁾ liegt eine Treuepflichtverletzung schon dann vor, "wenn ... Belohnungen in Aussicht gestellt werden oder doch wenigstens in dem Handlungsgehilfen die Hoffnung auf Gewährung weiterer Belohnungen erweckt wird".

Das Sichversprechenlassen von Schmiergeldern wird sogar als Grund zur fristlosen Entlassung angesehen ³⁾.

Die Literatur trägt hier also, indem sie eine Treuwidrigkeit bereits vor der Annahme der Zuwendung bejaht, sofern nur eine begründete Aussicht des Angestellten besteht, den Vorteil zu erhalten, der Vorwirkung des Schmiergeldes Rechnung.

cc) Die Rechtsprechung hat sich mit der Vorwirkung bei der Frage beschäftigt, ob das bloße Schmiergeldversprechen gegenüber dem Bevollmächtigten des Geschäftspartners zur Nichtigkeit (§ 138 BGB) des Hauptgeschäftes führt ⁴⁾.

Die Gerichte haben diese Frage bejaht und dabei nicht den Inhalt des Hauptvertrages, sondern die Art seines

1) Z. B. Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, Bürgerliches Gesetzbuch, § 611 Rdnr. 78; Riese, "Schmiergelder" im Arbeitsrecht, BB 1952, 774; Nikisch, Arbeitsrecht, S. 457; Würdinger aaO § 59 Anm. 4o; wohl auch Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 247; Staudinger-Nipperdey, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 667 Rdnr. 7.

2) AaO § 59 Rdnr. 42.

3) Staub, Kommentar zum HGB, § 59 Anm. 46 (Bondi).

4) Z. B. RGZ 132, 134; RGZ 134, 43 (56); RG Seuffa 79 Nr. 138; RG Seuffa 83 Nr. 194; RG Gruchot 7o Nr. 41; RG JW 1938, 1585; OL^G Stuttgart OLGE 4o, 33o; s. zu diesem Fragenkreis auch Soergel-Siebert-Hefermehl aaO § 138 Rdnr. 91; Hollinde aaO S. 1o6; Schlegelberger-Schröder aaO § 59 Rdnr. 49 a; Würdinger aaO § 59 Anm. 4o.

Zustandekommens zur Begründung der Sittenwidrigkeit herangezogen. Als wesentlich haben sie den eigennützigen Vertrauensmißbrauch auf der einen und dessen Ausnutzung von der anderen Seite angesehen. Darüber hinaus wird in einigen Entscheidungen eine Benachteiligung des Geschäftsherrn gefordert, die allerdings nicht unbedingt in einem Vermögensschaden zum Ausdruck kommen müsse, wenn nur irgendeine Benachteiligung, beispielsweise durch andere Ausgestaltung des Vertragsinhalts, vorliege ¹⁾. Diese Fragen brauchen hier jedoch nicht näher vertieft zu werden. Es genügt die Feststellung, daß - auch wenn Schmiergeld noch nicht gewährt worden ist - das Schmiergeldversprechen schon zur Nichtigkeit des Hauptvertrages führen kann.

Damit kommt auch in der Frage der Nichtigkeit (§ 138 BGB) die Vorwirkung des Schmiergeldes zum Tragen.

4. Die Handlung des Gebers (Aktivseite) ²⁾ ist daher innerhalb und außerhalb des Wettbewerbs als "anbieten, versprechen oder gewähren", die des Empfängers (Passivseite) ³⁾ als "fordern, sich versprechen lassen oder annehmen" zu umschreiben.

1) Z. B. RG JW 1928, 1584 (B5); RG JW 1932, 2704 (2705) = RGZ 136, 359 f; RGZ 134, 43 (56); eine Benachteiligung verlangen nicht: RGZ 161, 223, 229; BGH BB 1962, 536 = NJW 1962, 1099 = BGH LM § 138 BGB Nr. 13 (Cb).

2) Die Kennzeichnung der Aktivseite (Schmiergeldgewährung) fehlt in den Begriffsbestimmungen von Brewe aaO S. 12 und Delius aaO S. 281.

3) Die Kennzeichnung der Passivseite (Schmiergeldannahme) fehlt bei Oertmann aaO, Der junge Rechtsgelehrte, S. 49; Schemmel aaO S. 13; Lion aaO S. 483 und Hirschenkrämer aaO S. 131.

Diese Kennzeichnung der Handlung wird den Schmiergeldfällen außerhalb des Wettbewerbs auch gerecht. Das zeigen bereits der "Hauskauffall" ¹⁾ und der "Fabrikverkaufsfall" ²⁾. Dem Privatsekretär H ³⁾ wurde eine "Provision" angeboten und versprochen und H ließ sie sich versprechen, der Vermittler F ⁴⁾ forderte einen Geldbetrag und ließ ihn sich versprechen und der Fabrikant versprach ihm den Betrag. In den übrigen Beispielsfällen geht es um die Gewährung und Annahme von Vorteilen.

V. Die Bevorzugung des die Zuwendung Gebenden

In allen Schmiergeldfällen ⁵⁾ geht es dem Gebenden darum, einen Vorteil zu erlangen, in irgendeiner Form begünstigt zu werden.

Diese Bevorzugung kann z. B. darin bestehen, daß ein Vertrag, an dem dem Geber viel liegt, überhaupt erst abgeschlossen wird ⁶⁾ oder daß seine Bedingungen äußerst vorteilhaft sind ⁷⁾; mitunter trifft auch beides zusammen ⁸⁾; es ist gleichgültig, ob die Bevorzugung bei der Bestellung, der Lieferung oder der Bezahlung eingeräumt wird ⁹⁾.

1) S. o. S. 6.

2) S. o. S. 6, 7.

3) S. o. S. 6 (im "Hauskauffall").

4) S. o. S. 6, 7 (im "Fabrikverkaufsfall").

5) S. o. S. 6 - 9.

6) S. z. B. den "Speditionsfall" (S. 8) und den "Drahtseilbahnfall" (S. 8).

7) S. z. B. den "Hauskauffall" (S. 6), den "Fabrikverkaufsfall" (S. 6, 7), den "Erbauseinandersetzungsfall" (S. 7), den "Miterben-Vollmachtsfall" (S. 7), den "Architektenfall" (S. 7, 8) und den "Ladeneinrichtungsfall" (S. 8, 9).

8) S. z. B. den "Architektenfall" (S. 7, 8).

9) Elster, Wettbewerbsrecht, § 12 UWG Anm. 2 e; Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 18; Belger aaO S. 32; Finger aaO § 12 UWG Rdnr. 36.

Ganz allgemein läßt sich sagen, daß eine Bevorzugung jede Begünstigung ist, auf die der Geber keinen Anspruch hat ¹⁾. Gleich ist hierbei, ob der Geber die Bevorzugung für sich oder einen anderen erstrebt ²⁾.

Die Bevorzugung liegt objektiv vor, wenn alles planmäßig verläuft. Sie fehlt naturgemäß beim Anbieten und Versprechen bzw. Fordern und Sichversprechenlassen; sie fehlt auch in dem Zeitraum zwischen Gewährung bzw. Annahme und ihrem Eintritt.

Die Frage, ob die Vorstellungen der Beteiligten das objektive Vorliegen der Bevorzugung ersetzen, soweit und solange dieses Merkmal nicht verwirklicht ist, muß bei der Behandlung der subjektiven Seite des Schmiergeldes beantwortet werden ³⁾.

VI. Die besonderen objektiven Merkmale des Schmiergeldes innerhalb des Wettbewerbs

Hierher gehören die Merkmale "im geschäftlichen Verkehr" und "... bei dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen", die § 12 UWG gleichermaßen für die aktive (§ 12 Abs. 1 UWG) und die

1) Unstr.; z. B. Belger aaO S. 31, 32; v. Godin-Hoth § 12 UWG Anm. 6; Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr. 10.

2) Innerhalb des Wettbewerbs ergibt sich das bereits aus § 12 UWG; außerhalb des Wettbewerbs gilt Entsprechendes, weil die Bevorzugung nicht durch besondere wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte geprägt ist.

3) Näheres dazu s. unten S. 50 ff, 54, 56.

passive (§ 12 Abs. 2 UWG) Angestelltenbestechung enthält ¹⁾.

1. "Im geschäftlichen Verkehre"

Der Begriff "im geschäftlichen Verkehre" kann als geklärt angesehen werden. Ebenso wie beim Begriff des "geschäftlichen Betriebes" ²⁾ ist auch hier der amtliche und der private Verkehr auszuklammern. In Betracht kommen die Geschäftsbeziehungen von Gewerbetreibenden in jeder Form, alle Tätigkeiten, die mit der Förderung irgendeines Geschäftszwecks im Zusammenhang stehen ³⁾. Hinzuzurechnen sind dem ge-

¹⁾ Umstritten ist, ob das Handeln des Bestechenden "zu Zwecken des Wettbewerbs" (§ 12 Abs. 1 UWG) dem subjektiven oder dem objektiven Tatbestand zuzurechnen ist. Belger (aaO S. 24) sieht diesen Begriff als dem objektiven Tatbestand zugehörend an, weil er entscheidend aus objektiven Merkmalen gewonnen werde. Nun kann zwar nicht geleugnet werden, daß die Frage, ob ein Wettbewerb vorliegt oder nicht, nach objektiven Gesichtspunkten beantwortet werden muß (Finger aaO § 12 UWG Rdnr. 15 betont daher zutreffend, das Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs gehöre notwendig zum inneren und äußeren Tatbestand), objektives Tatbestandsmerkmal kann aber nur sein, was sich auch objektiv nachweisen läßt. Dies ist bei dem Zweck einer Handlung nicht der Fall (so richtig Herzberg aaO S. 50; Freytag aaO S. 11). Das Merkmal "zu Zwecken des Wettbewerbs" ist daher bei den subjektiven Voraussetzungen des Schmiergeldes darzustellen (s. u. S. 40 ff; Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 26). § 12 Abs. 2 UWG setzt außerdem ein Handeln des Bestochenen "im Wettbewerb" voraus. Dieses Merkmal ist bei der Erörterung der objektiven Merkmale des Schmiergeldes im Verhältnis Geschmierter/Dritter bzw. Mitbewerber zu untersuchen, weil zwar ein Eingriff in ein zwischen dem Bestecher und dem Mitbewerber bestehendes Wettbewerbsverhältnis verlangt wird, in erster Linie aber der Mitbewerber betroffen ist (dazu s. u. S. 60).

²⁾ S. o. S. 23 f.

³⁾ Niederreuther aaO S. 360; Belger aaO S. 23/24; BGHSt 2, 396 (402/403); Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 7; Würdinger aaO § 59 Anm. 40; Finger aaO § 12 Rdnr. 14; v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 2; § 1 Anm. 11 b mit weit. Nachw.; Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr. 2

geschäftlichen Verkehr die Beziehungen der Ärzte und Anwälte zu ihren Patienten (Klienten) ¹⁾ und schließlich, weil zwischen kaufmännischem und sonstigem geschäftlichen Verkehr nicht unterschieden wird, die Geschäfte im Bereich der Landwirtschaft ²⁾.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang folgender Fall, in dem das Reichsgericht ³⁾ ein Handeln im geschäftlichen Verkehr bejaht hat:

Der Schwager eines von einer Privatbank abgewiesenen Bewerbers hatte sich brieflich an den Personalchef der Bank gewandt und ihm für seine "persönlichen Bemühungen und Unkosten" 300,-- DM angeboten, um ihn zu veranlassen, sachliche Bedenken bei der Entscheidung über die Einstellung, die zur Ablehnung des Gesuchs geführt hatten, zurückzustellen und den Bewerber vor anderen zu bevorzugen.

Auch hier handelte es sich um ein Anknüpfen geschäftlicher Beziehungen zum Zwecke des Erwerbs ⁴⁾. Das Reichsgericht hat also zutreffend die Bewerbung um Einstellung in einen geschäftlichen Betrieb dem Begriff des geschäftlichen Verkehrs zugeordnet ⁵⁾.

2. "Bei dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen"

Über die Bedeutung dieser Tatbestandsmerkmale be-

1) v. Godin-Hoth aaO § 1 UWG Anm. 11 b.

2) Finger aaO § 12 UWG Rdnr. 14; Niederreuther aaO S. 360.

3) RGSt 56, 249.

4) v. Godin-Hoth aaO § 1 UWG Anm. 11 b.

5) S. Niederreuther aaO S. 360; v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 2.

steht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit ¹⁾.

Die Bevorzugung ²⁾ muß "bei dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen" geschehen. Gleichgültig ist, ob der Geschäftsherr des Empfängers der Zuwendung oder ob der Geber selbst Waren oder gewerbliche Leistungen bezieht, da beide Fälle erfaßt werden ³⁾. "Bezug" ist nicht nur die Bestellung, sondern alles, was zur Erlangung der Lieferung gehört, insbesondere die Lieferung selbst und die damit verbundene Prüfung ⁴⁾. Der Begriff der "Ware" ist im weitesten Sinne zu verstehen. Es besteht Einigkeit darüber, daß die Legaldefinition des § 1 Abs. 2 Ziff. 1 HGB, die unter Waren nur bewegliche Sachen versteht, für den Warenbegriff des UWG zu eng ist ⁵⁾. Unter ihn fallen alle körperlichen und geistigen Erzeugnisse, die in den wirtschaftlichen Verkehr gebracht werden können, also z. B. auch Gas, elektrische Energie oder Grundstücke. Der Begriff der "gewerblichen Leistung" ist ebenfalls weit auszulegen. Hierzu gehört jede "selbständige Tätigkeit eines Gewerbetreibenden, die für einen anderen einen wirtschaft-

1) Näheres s. bei Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr. 8; Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 17, 18; v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 6; Elster, Wettbewerbsrecht mit dem Recht der Zugaben und Rabatte, § 12 UWG Anm. 2 d, e; Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 13, 16; Finger aaO § 12 UWG Rdnr. 33 ff; Reimer aaO § 12 UWG Rdnr. 8; Würdinger aaO § 59 Anm. 40; Kohler aaO S. 273; Delius aaO S. 288 f; Niederreuther aaO S. 360; Leo, Die Gewährung von sogenannten Verkäuferprämien - eine Methode der Absatzförderung, WRP 1966, 153 ff (154); Belger aaO S. 31, 32; RG JW 1935, 1861; RG GRUR 20, 103; RGSt 48, 291 (296 f); RGSt 56, 249 (250).

2) S. o. S. 29 f.

3) Finger aaO § 12 UWG Rdnr. 36; Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 17.

4) Finger aaO § 12 UWG Rdnr. 36.

5) v. Godin-Hoth aaO § 2 UWG Anm. 2 mit weit. Nachw.

lichen Wert hat" ¹⁾. Dem gleichgestellt ist die Anstellung für gewerbliche Dienste ²⁾.

Zu erwähnen ist schließlich, daß ein Zusammenhang der Bevorzugung mit dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen gegeben sein muß ³⁾.

VII. Zusammenfassung

Im Verhältnis Schmierer/Geschmierter sind folgende Merkmale des Schmiergeldes festzustellen:

1. Jede Art von Vorteil, gleichgültig, ob er materieller oder immaterieller Natur ist, kommt als "Schmiergeld" in Betracht ⁴⁾.
2. Gleichgültig ist, ob die Zuwendung dem Empfänger unmittelbar oder mittelbar zugute kommt ⁵⁾.
3. Außerhalb des Wettbewerbs kann Schmierer jeder sein ⁶⁾, Geschmierter jedoch nur derjenige, der auf die wirtschaftliche Geschäftsführung eines anderen einen auf rechtlichen Gründen oder auch nur auf tatsächlichem Vertrauen beruhenden Einfluß hat ⁷⁾.

Innerhalb des Wettbewerbs kann Schmierer nur ein Mitbewerber sein oder jemand, der für einen Mit-

¹⁾ v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 3 mit weit. Nachw.

²⁾ S. den Beispielsfall oben S. 32; RGSt 55, 249 (250); Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 17; Elster aaO § 12 UWG Anm. 2 d.

³⁾ BGH NJW 1957, 1243 (1244); Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 18; v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 6, 9; Belger aaO S. 32.

⁴⁾ S. o. S. 14 - 18.

⁵⁾ S. o. S. 18 f.

⁶⁾ S. o. S. 19 f.

⁷⁾ S. o. S. 20 f.

bewerber tätig ist ¹⁾, als Geschmierter kommt der Angestellte oder Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes in Betracht ²⁾.

4. Die Handlung des Schmierenden ist - innerhalb und außerhalb des Wettbewerbs - als "anbieten, versprechen und gewähren" (vgl. § 12 Abs. 1 UWG), die des Geschmierten als "fordern, sich versprechen lassen und annehmen" (vgl. § 12 Abs. 2 UWG) zu umschreiben ³⁾.
5. Die Bevorzugung, auf die es dem Schmierenden ankommt, liegt in jeder Begünstigung, auf die er keinen Anspruch hat ⁴⁾.
6. Innerhalb des Wettbewerbs muß das Schmiergeld - das gilt gleichermaßen für die aktive wie für die passive Angestelltenbestechung - "im geschäftlichen Verkehr" ⁵⁾ gegeben werden. Außerdem setzt § 12 UWG voraus, daß "bei dem Bezüge von Waren oder gewerblichen Leistungen" ⁶⁾ gehandelt wird.

1) S. o. S. 21 f.

2) S. o. S. 22 ff.

3) S. o. S. 24 ff.

4) S. o. S. 29 f.

5) S. o. S. 31 f.

6) S. o. S. 32 ff.

4. Kapitel

DIE SUBJEKTIVEN MERKMALE DES SCHMIERGELDES IM VERHÄLTNIS GEBER/EMPFÄNGER

Die herausgearbeiteten objektiven Merkmale charakterisieren das Schmiergeld nicht hinreichend. Das zeigen sämtliche Beispielsfälle. Die Art des Vorteils, die Frage der unmittelbaren oder mittelbaren Zuwendung, die Person des Gebers oder Empfängers und - innerhalb des Wettbewerbs - die Fragen der "Bevorzugung bei dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen" und des "geschäftlichen Verkehrs" haben in allen Fällen eine untergeordnete Bedeutung. Entscheidend ist vielmehr die subjektive Seite. Dies wird im folgenden nachzuweisen sein.

I. Die Zweckbestimmtheit des Schmiergeldes

In allen Beispielsfällen - gleichgültig, ob sie innerhalb oder außerhalb des Wettbewerbs liegen - sucht der Zuwendende einen bestimmten Erfolg zu erreichen.

Im "Hauskauffall" ¹⁾ und "Fabrikverkaufsfall" ²⁾ wollen die Verkäufer des Hausgrundstücks bzw. der Fabrik günstige Verkaufsbedingungen erreichen; im

¹⁾ S. o. S. 6.

²⁾ S. o. S. 6, 7.

"Erbauseinandersetzungsfall" ¹⁾ zahlte der Miterbe B dem bevollmächtigten Makler einen Geldbetrag, um ihn zum Abschluß eines für den anderen Miterben sehr nachteiligen Vertrags zu bewegen; im "Miterben-Vollmachtsfall" ²⁾ wird dem Ehemann der bevollmächtigten Miterbin eine Sondervergütung dafür gewährt, daß er den Preis für das zum Verkauf stehende Grundstück der Erbengemeinschaft durch seinen Einfluß niedrig hält; im "Architektenfall" ³⁾ erhält der A dafür, daß er den B als Bauunternehmer auswählt, einen Teil des Werklohns; im "Speditionsfall" ⁴⁾ werden dem S Zuwendungen von Frachtführern in der Erwartung gemacht, daß er ihnen auch in Zukunft zu günstigen Fuhren verhilft; im "Drahtseilbahnfall" ⁵⁾ wird dem D für die Verschaffung eines Lieferungsauftrags und das Versprechen, auch in Zukunft für den Lieferanten einzutreten, ein Auto übereignet; im "Ladeneinrichtungsfall" ⁶⁾ schließlich wenden die Lieferanten dem L dafür Sondervorteile zu, daß er ihnen beim Aushandeln der Provisionen entgegenkommt.

Diese auf einen Erfolg gerichtete Absicht ist für die Fallgruppen innerhalb und außerhalb des Wettbewerbs gesondert näher zu untersuchen.

1) S. o. S. 7.

2) S. o. S. 7.

3) S. o. S. 7, 8.

4) S. o. S. 8.

5) S. o. S. 8.

6) S. o. S. 8, 9.

1. Die Zweckbestimmtheit des Schmiergeldes außerhalb des Wettbewerbs

Der von dem Bestechenden erstrebte Erfolg ist in jedem Fall ein Vorteil, sei es z. B., daß er günstige Vertragsbedingungen herausholen¹⁾ oder daß er überhaupt "ins Geschäft" kommen will²⁾.

Durch welche Art von Zuwendungen der Gebende auch immer seine auf den eigenen Vorteil gerichtete Absicht verwirklichen will, er setzt das Schmiergeld ausnahmslos als Mittel zum Zweck ein. Er will auf dem Umweg über den Empfänger³⁾ - unter Ausnutzung von dessen Stellung⁴⁾ - die wirtschaftliche Gestaltungsfreiheit seines Geschäftspartners zu seinen Gunsten beeinflussen⁵⁾. Dieser Wille des Schmierenden kennzeichnet das Schmiergeld entscheidend. Vereinfacht wird man sagen können, daß das Schmiergeld immer zum Zwecke der Bevorzugung des Gebers gewährt wird⁶⁾.

Die Zweckbestimmtheit des Schmiergeldes wirkt sich auch auf seine Kennzeichnung aus der Sicht des Emp-

1) So z. B. im "Hauskauffall" (S. 6) und "Fabrikverkaufsfall" (S. 6, 7).

2) S. dazu z. B. BGH LM § 654 BGB Nr. 2.

3) S. o. S. 11.

4) S. o. S. 20 f.

5) Kontze aaO S. 47, 48; Schemmel aaO S. 2; Brewe aaO S. 12; Delius aaO S. 281 mit weit. Nachw.

6) Dieser Bevorzugungszweck wird in den Begriffsbestimmungen von Certmann aaO, Der junge Rechtsgelehrte, S. 40, Heisecke aaO S. 362, Brewe aaO S. 12, Delius aaO S. 281 und Tillmann aaO S. 6 deutlich herausgestellt, kommt aber in den Definitionen von Kontze aaO S. 47, Lion aaO S. 488 und Schemmel aaO S. 13 nur undeutlich zum Ausdruck.

fängers der Zuwendung aus. Zwar verfolgt er mit der Annahme des Schmiergeldes nicht den Zweck, auf die wirtschaftliche Geschäftsführung des Dritten Einfluß zu nehmen - das wollen weder der Privatsekretär H im "Hauskauffall" ¹⁾ noch der Berater F im "Fabrikverkaufsfall" ²⁾ noch der Makler E im "Erbauseinandersetzungsfall" ³⁾ noch der Ehemann M im "Miterben-Vollmachtsfall" ⁴⁾ -, aber der Bestochene ordnet sich dem Willen des Bestechers unter. Auch dies wird an den Beispielfällen deutlich. H, F, E und M werden den Vorstellungen der Zuwendenden entsprechend tätig.

Ganz allgemein ist für den Geschmierten der Empfang des Schmiergeldes nicht Mittel zum Zweck, sondern Selbstzweck. Er sieht im Schmiergeld sozusagen einen willkommenen Nebenverdienst. Andererseits fühlt er sich dem Gebenden verpflichtet und ist deshalb bereit, seinen Wünschen nachzukommen. Man könnte deshalb mit einem strafrechtlichen Ausdruck sagen, der Geschmierte nehme die Beeinflussung "billigend in Kauf".

Das entscheidende Merkmal des Schmiergeldes aus der Sicht des Empfängers ist also seine Unterordnung unter den Willen des Gebers ⁵⁾.

1) S. o. S. 6.

2) S. o. S. 6, 7.

3) S. o. S. 7.

4) S. o. S. 7.

5) So auch Kontze aaO S. 47; Schemmel aaO S. 2; Brewe aaO S. 12.

Man kann zusammenfassend von einer subjektiven Doppelstufigkeit des Schmiergeldes sprechen, die darin besteht, daß der Geber mit der Hingabe der Zuwendung eine ihm günstige Beeinflussung des Dritten ¹⁾ durch den Empfänger bezweckt und daß dieser sich dem so beschriebenen Willen des Gebers unterordnet.

2. Die Zweckbestimmtheit des Schmiergeldes innerhalb des Wettbewerbs

Die Anwendung des Tatbestandes des § 12 Abs. 1 UWG setzt voraus, daß der Geber "im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbs dem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs Geschenke oder andere Vorteile anbietet, verspricht oder gewährt, um durch unlauteres Verhalten des Angestellten oder Beauftragten bei dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen eine Bevorzugung für sich oder einen Dritten zu erlangen".

a) Der Zuwendende muß also zunächst "zu Zwecken des Wettbewerbs" handeln ²⁾.

aa) Dieses Merkmal liegt immer dann vor, wenn der eigene oder fremde ³⁾ Absatz gefördert, erhalten

1) Näheres zur Person des Dritten s. u. S. 59 f.

2) Dieses Merkmal gehört zum subjektiven Tatbestand; s. o. S. 29, 30.

3) Sofern der Geber eine fremdnützige Bevorzugung anstrebt.

oder eine drohende Absatzminderung verhindert werden soll ¹⁾. Zu beachten ist hierbei, daß der Gebende nicht selbst gewerblicher Unternehmer zu sein braucht; es genügt, wenn dies der Dritte ist, dem die Bevorzugung verschafft werden soll. Der Schmierende muß auch nicht am Wettbewerb teilnehmen, indem er eigene gewerbliche Leistungen anbietet. Wenden sich beispielsweise ein Maschinenfabrikant und ein Nahrungsmittelfabrikant an eine Ölhandlung und bewerben sich um eine Lieferung, wobei einer von beiden Bewerbern den Angestellten oder Beauftragten der Ölhandlung besticht, um überhaupt oder besonders billig an das Öl zu kommen, liegt ein Handeln "zu Zwecken" des Wettbewerbs vor, obwohl der Maschinenfabrikant mit seinen Erzeugnissen nicht in einem Konkurrenzverhältnis zu dem Nahrungsmittelfabrikanten steht ²⁾. Schließlich handelt sogar der Stellungssuchende, der durch Schmiergeld seine Anstellung erreichen möchte, "zu Zwecken des Wettbewerbs" ³⁾.

In subjektiver Hinsicht muß eine auf Wettbewerb gerichtete Absicht vorliegen ⁴⁾.

bb) Von Interesse ist in diesem Zusammenhang folgender vom Reichsgericht ⁵⁾ entschiedener Fall:

1) Z. B. Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr. 3; Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 26; Reimer aaO § 12 UWG Rdnr. 3; Finger aaO § 12 Rdnr. 15; Elster aaO § 12 Anm. 2 c; Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 18; v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 3 und § 1 UWG Anm. 11 a; Belger aaO S. 24 ff; Jülich aaO S. 31 f; Holling, Das Recht zur Bekämpfung von Bestechungshandlungen, DR 1942, S. 1623; RGSt 58, 429 (430); RGSt 56, 249 (251); RGSt 66, 81 (82); RG JW 1925, 486; RG JW 1934, 2068 (2069).

2) Zu allem s. Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 26.

3) RGSt 56, 249; s. o. S. 32.

4) Z. B. Reimer aaO § 12 Rdnr. 3; Belger aaO S. 26.

5) RGSt 58, 429 f = RG JW 1925, 486f.

Zur Zeit der Zwangswirtschaft nach dem 1. Weltkrieg veranlaßten Fabrikanten durch Geldzuwendungen Angestellte von Kohlenzechen, ihnen für ihre Fabriken bessere Kohle als die ihnen von der Verteilungsstelle zugewiesene Schlammkohle zu liefern und die Lieferung zu beschleunigen. Die Fabrikanten benötigten die Kohlen als Betriebsmittel 1).

Das Reichsgericht verneinte hier ein Handeln "zu Zwecken des Wettbewerbs" mit der Begründung, die Zuwendungen wären nur zur Aufrechterhaltung des Betriebes gemacht worden und nicht zur Beeinträchtigung der Rechte von Mitbewerbern beim Warenumsatz, was dieses Merkmal voraussetze 2).

In einer späteren Entscheidung hat das Reichsgericht 3) § 12 Abs. 1 UWG auf die Beschaffung von Betriebsmitteln für den Fall entsprechend angewandt, daß die Betriebsmittel der Herstellung von Waren dienen, sofern der Geber den eigenen Absatz fördern und den seiner Berufsgenossen beeinträchtigen wolle.

Dieser Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Es ist nicht zutreffend, wenn das Reichsgericht im "Betriebsmittelbeschaffungsfall" eine Beeinträchtigung der Mitbewerber beim Warenumsatz verneint. Zwar liegt eine unmittelbare Beeinträchtigung der Mitbewerber dadurch, daß die Fabriken bessere Kohle beziehen, nicht vor, eine mittel-

1) Im folgenden wird dieser Fall als "Betriebsmittelbeschaffungsfall" bezeichnet.

2) Gebilligt durch Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 15; Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 19.

3) RGSt 76, 108.

bare Beeinträchtigung wird aber jedenfalls vorliegen, weil die bevorzugt belieferten Fabriken ihre Erzeugnisse auf Grund der günstigeren Produktionsvoraussetzungen billiger, schneller und unter Umständen qualitativ besser werden herstellen können. In jedem Fall werden die Fabriken wettbewerbsfähiger.

Eine mittelbare Beeinträchtigung reicht für die Bejahung des Merkmals "zu Zwecken des Wettbewerbs" auch aus. Das zeigt folgende Überlegung ¹⁾: Hätte es sich nicht um den Bezug von Betriebsmitteln, sondern um den Bezug von (kontingentiertem) Rohmaterial gehandelt, hätte auch das Reichsgericht zu einer Anwendung des § 12 Abs. 1 UWG kommen müssen, weil hier eine Beeinträchtigung der Mitbewerber beim Warenumsatz, nämlich durch die Weiterveräußerung nach der Bearbeitung, vorgelegen hätte. Ebenso wie im "Betriebsmittelbeschaffungsfall" wäre auch hier nur eine mittelbare Einwirkung auf den Absatz der Konkurrenten festzustellen.

Im "Betriebsmittelbeschaffungsfall" hätte § 12 Abs. 1 UWG schließlich schon deshalb zur Anwendung gebracht werden müssen, weil die Mitbewerber nicht nur - wie sonst - im Absatz, sondern sogar in der Möglichkeit der Erzeugung beeinträchtigt worden sind ²⁾. Das Merkmal "zu Zwecken des Wettbewerbs" hätte also "erst recht" bejaht werden müssen.

1) S. Belger aaO S. 43.

2) S. Julich aaO S. 30; Reimer aaO § 12 UWG Rdnr. 3; v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 9, 3; vgl. auch Belger aaO S. 41 ff.

Der späteren Entscheidung des Reichsgerichts ist daher im Ergebnis zu folgen. Die Begründung dieser Entscheidung ist allerdings unzutreffend. Das Reichsgericht bejaht ein Handeln zu Wettbewerbszwecken ohne die Problematik auch nur zu erwähnen und erweitert dann - im Wege der Analogie - den Begriff der "Ware" in der Weise, daß es als Waren i. S. des § 12 UWG nicht nur solche ansieht, die zur Weiterveräußerung bestimmt sind, also in der Hand des Beziehers Ware bleiben, sondern auch solche, die nicht weiterveräußert werden, sofern sie der Herstellung von Waren dienen (Betriebsmittel). Diese Begründung ist deshalb falsch, weil die Frage, ob die Beschaffung von Betriebsmitteln unter § 12 UWG fällt, nicht danach zu beantworten ist, ob Betriebsmittel unter den Begriff Ware fallen, sondern danach, ob ein Handeln zu Wettbewerbszwecken vorliegt ¹⁾.

Dieses Problem soll hier nicht weiter vertieft werden. Es genügt für die Bestimmung des wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriffs, das Ergebnis dieses Abschnitts festzuhalten: es reicht aus, wenn mit der Gewährung ²⁾ der Zuwendung ein mittelbarer Wettbewerbszweck verfolgt wird.

cc) Der Empfänger des Schmiergeldes braucht - anders als der Zuwendende - nicht "zu Zwecken des Wettbewerbs" zu handeln. Es genügt, wenn er die auf den Wettbewerb gerichtete Absicht des Gebenden kennt ³⁾.

¹⁾ S. dazu Belger aaC S. 46 ff, insbesondere S. 48 mit weit. Nachw.

²⁾ Entsprechendes gilt für das Anbieten und Versprechen.

³⁾ Z. B. Rosenthal aaC § 12 UWG Rdnr. 34. In objektiver Hinsicht setzt § 12 Abs. 2 UWG allerdings ein Handeln "im Wettbewerb" voraus. Siehe dazu unten S. 60 f.

b) Das Anbieten, Versprechen oder Gewähren von Vorteilen hat nach § 12 Abs. 1 UWG nicht nur "zu Zwecken des Wettbewerbs" zu erfolgen, sondern auch "um eine Bevorzugung zu erlangen" ¹⁾.

aa) Die Formulierung "um ... zu..." deutet darauf hin, daß eine Absicht ²⁾ des Gebenden vorliegen muß, durch die Vorteilsgewährung die ersehnte Bevorzugung zu erlangen. Da der Gesetzgeber den Begriff "Absicht" aber nicht im technischen Sinne verwendet ³⁾, kann der Wortlaut des Gesetzes nur als Indiz für das Erfordernis einer "Absicht" im technischen Sinne verstanden werden.

Es ist daher nicht verwunderlich, daß in Rechtsprechung und Literatur umstritten ist, ob der Geber mit direktem Vorsatz handeln muß oder ob ein bedingter Vorsatz ausreicht.

Die Vertreter der Auffassung, daß bedingter Vorsatz ausreiche ⁴⁾, stützen sich auf die "Korkengeld"-Entscheidung des Reichsgerichts ⁵⁾. Diese Entscheidung ist jedoch zur Begründung denkbar ungeeignet. Das Reichsgericht vertrat nämlich in

1) Vgl. oben S. 32 - 34.

2) Z. B. v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 12.

3) Z. B. Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 59 Rdnr. 68 ff; Welzel, Das deutsche Strafrecht, S. 78; Schwarz-Dreher, Strafgesetzbuch, § 59 Anm. II B 1.

4) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, § 12 UWG Anm. 15; Reimer aaO § 12 UWG Rdnr. 12; Sievers aaO S. 11; Jülich aaO S. 36; Finger aaO § 12 UWG Rdnr. 33 vertritt diese Ansicht ohne Begründung.

5) RGSt 48, 291 ff; näheres zur Korkengeldentscheidung s. unten S. 68 ff, 88 ff.

ständiger Rechtsprechung, insbesondere auch im "Korkengeldfall" ¹⁾ die gegenteilige Ansicht; in diesem Urteil führte das Reichsgericht ausdrücklich aus, daß für das Merkmal "um eine Bevorzugung zu erlangen" ein direkter Vorsatz erforderlich sei ²⁾, für die weiteren Tatbestandsmerkmale "durch unlauteres Verhalten des Angestellten bei dem Bezuge von Waren" aber bedingter Vorsatz ausreiche ³⁾.

Der Ansicht des Reichsgerichts ist zu folgen ⁴⁾. In allen Schmiergeldfällen kommt es dem Geber gerade darauf an, bevorzugt zu werden ⁵⁾, für ihn ist das Schmiergeld "Mittel zum Zweck" ⁶⁾, ohne den die Hingabe der Zuwendung für ihn sinnlos wäre. Auch der Aufbau des Tatbestands, insbesondere die Verbindung des Merkmals "zu Wettbewerbszwecken" mit dem weiteren Absichtserfordernis "um - zu" spricht dafür, daß die Absicht des Täters direkt darauf gerichtet sein muß, mit dem Geschenk eine Bevorzugung zu erlangen ⁷⁾.

bb) Auf der Seite des Empfängers der Zuwendung braucht die so gekennzeichnete Zweckbestimmtheit nicht vorliegen (§ 12 Abs. 2 UWG). Immerhin sind aber auch hier - ähnlich wie bei den Fällen außer-

1) S. o. S. 45 Fußn. 5 und RG MuW 24, 231; RG GRUR 20, 103.

2) RGSt 48, 291 (296).

3) RGSt 48, 291 (297).

4) Ebenso v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 12; Rosen-thal aaO § 12 UWG Rdnr. 19; Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 19, 20; Belger aaO S. 32 ff, insbesondere S. 36 ff.

5) S. o. S. 36 ff.

6) S. o. S. 38.

7) Belger aaO S. 36.

halb des Wettbewerbs ¹⁾ - Auswirkungen auf die Kennzeichnung des Schmiergeldes aus der Sicht des Angestellten oder Beauftragten festzustellen: Der Empfänger muß das Bewußtsein haben, daß er die Zuwendung für eine Bevorzugung des Gebers erhält ²⁾. Insofern kann auch hier von einer "Unterordnung unter den Willen des Gebenden" ³⁾ gesprochen werden.

c) Aus dem Zusammenhang der Merkmale "zu Zwecken des Wettbewerbs" und "um eine Bevorzugung ... zu erlangen" (§ 12 Abs. 1 UWG) folgt, daß der Zuwendende beabsichtigen muß, gerade mit der erstrebten Bevorzugung den eigenen Absatz auf Kosten der Mitbewerber zu steigern ⁴⁾ ⁵⁾. Man spricht hier zu Recht von einer doppelten Absicht des Gebers ⁶⁾.

d) Zusammenfassung

Innerhalb des Wettbewerbs wird Schmiergeld - außer in der auf Wettbewerb gerichteten Absicht - in der Absicht gegeben, eine Bevorzugung zu erlangen und in dem Bewußtsein angenommen, daß die Zuwendung einem Wettbewerbs- und Bevorzugungszweck dient.

1) S. o. S. 38 f.

2) Darüber besteht Einigkeit: z. B. Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 34; v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 12; Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 26; Finger aaO § 12 UWG Rdnr. 43; Belger aaO S. 39 f.

3) S. o. S. 39.

4) Belger aaO S. 34 f mit weit. Nachw.

5) Das ist bei Zuwendungen an das Verkaufspersonal von Alleinvertretern nicht der Fall; s. Leo aaO S. 155 f. Näheres dazu s. unten S. 157 f.

6) Z. B. Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 19.

II. Die subjektive Seite hinsichtlich der übrigen
das Verhältnis Schmierer/Geschmierter betreffenden
Merkmale innerhalb des Wettbewerbs

Es genügt die Feststellung, daß für die übrigen Merkmale, das Handeln "im geschäftlichen Verkehr" ¹⁾ und "bei dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen" ²⁾, bedingter Vorsatz des Gebers bzw. Empfängers ausreicht ³⁾. Eine nähere Kennzeichnung ist nicht erforderlich, weil hieraus nichts für die Bestimmung des Schmiergeldbegriffs Wesentliches gewonnen werden kann.

III. Die Vorstellungen der Beteiligten sind bis zur
tatsächlichen Hingabe der Zuwendung und bis zum ob-
jektiven Eintritt eines Erfolges für die Bejahung
der Schmiergeldeigenschaft einer Zuwendung ent-
scheidend

Betrachtet man die oben ⁴⁾ aufgeführten Beispielsfälle, liegt die Schlußfolgerung nahe, daß zum Begriff des Schmiergeldes der Eintritt eines Erfolges gehört. In fast allen Fällen kommt es nämlich zu der erstrebten Bevorzugung. Eine Ausnahme bilden der "Speditionsfall" ⁵⁾ und der "Drahtseilbahnfall" ⁶⁾.

¹⁾ S. o. S. 31 f.

²⁾ S. o. S. 32 ff.

³⁾ Z. B. RGSt 48, 297; Belger aaO S. 31 ff mit weit. Nachw.; Herzberg aaO S. 51; Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 19, 20, 34.

⁴⁾ S. o. S. 6 - 9.

⁵⁾ S. o. S. 8.

⁶⁾ S. o. S. 8.

Beiden ist gemeinsam, daß die Zuwendungen von den Frachtführern bzw. dem Lieferanten der Drahtseilbahn nicht nur für eine bereits vorgenommene, sondern gleichzeitig auch für eine erst in der Zukunft liegende, im Zeitpunkt der Zuwendung noch unbestimmte Bevorzugung gegeben werden.

Es ist daher zu untersuchen, ob der Eintritt eines Erfolges, nämlich der Bevorzugung, dem Schmiergeldbegriff wesentlich ist.

Da in den Beispielsfällen die Zuwendungen gewährt worden sind, wird außerdem klarzustellen sein, daß die tatsächliche Hingabe kein unabdingbares Merkmal des Schmiergeldbegriffs ist.

1. Die Fälle außerhalb des Wettbewerbs

a) Die tatsächliche Hingabe der Zuwendung ist kein Erfordernis des Schmiergeldbegriffs.

Als Folge der Eigenschaft des Schmiergeldes, Vorwirkungen zu zeigen, kann das Anbieten bzw. Versprechen neben dem Gewähren und das Fordern bzw. Sichversprechenlassen neben dem Annehmen in die Tat handlung einbezogen werden ¹⁾. Soweit die Zuwendung angeboten bzw. versprochen worden ist ²⁾, ersetzt also die Vorstellung der Beteiligten die tatsächliche Hingabe ³⁾.

¹⁾ S. o. S. 24 ff.

²⁾ Entsprechendes gilt natürlich für das Fordern und Sichversprechenlassen.

³⁾ Für den Fall, daß der Versprechende sein Angebot nicht ernst meint, muß die alleinige Vorstellung des anderen für die Bejahung der Schmiergeldeigenschaft der in Aussicht genommenen Zuwendung genügen.

b) Man könnte, weil das Schmiergeld regelmäßig um eines Erfolges willen gegeben wird, daran denken, eine Zuwendung dann als Schmiergeld zu bezeichnen, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg, die Bevorzugung, entfielen (objektive Bedingungsformel) ¹⁾.

aa) Nun ist es zwar richtig, daß es in den Beispielsfällen nicht zu der Bevorzugung gekommen wäre, wenn die "Angestellten" keine besonderen Vorteile erhalten hätten ²⁾. So hätten im "Hauskauffall" ³⁾ und "Fabrikverkaufsfall" ⁴⁾ die Verkäufer keine für sie günstigen Verkaufsbedingungen erreicht, der Miterbe B im "Erbauseinandersetzungsfall" ⁵⁾ den bevollmächtigten Makler nicht zum Abschluß des für den anderen Miterben nachteiligen Vertrags bewegt und der Ehemann der bevollmächtigten Miterbin im "Miterben-Vollmachtsfall" ⁶⁾ den Grundstückspreis nicht niedrig gehalten.

bb) Die objektive Bedingungsformel scheitert aber an ihrer Verknüpfung mit dem Erfolg, sie ist gleichsam zu objektiv ⁷⁾. Bildet man den "Erbauseinandersetzungsfall" so um, daß es am Erfolg fehlt, zahlt also beispielsweise der B dem Makler E, mit dem er regelmäßig geschäftlich zu tun hat, 700.000 RM, da-

¹⁾ In Anlehnung an die im Strafrecht geltende Bedingungstheorie; s. Schwarz-Dreher aaO, Vor § 1 Anm. B II 3 b.

²⁾ Das Anbieten und Versprechen - wie im "Hauskauffall" und "Fabrikverkaufsfall" - steht dem Gewähren gleich; s. o. S. 24 ff.

³⁾ S. o. S. 6.

⁴⁾ S. o. S. 6, 7.

⁵⁾ S. o. S. 7.

⁶⁾ S. o. S. 7.

⁷⁾ Entsprechendes gilt für die objektive Unterlassungsformel Schemmels (aaO S. 5), nach der Schmiergeld dann vorliegt, wenn die Frage, ob die Beeinflussung ohne die Zuwendung unterblieben wäre, bejaht werden muß.

mit dieser ihn bei allen künftigen Abschlüssen gegenüber dem Geschäftsgegner bevorzugt, liegt - trotz des fehlenden Erfolgseintritts- Schmiergeld vor. Zutreffend hat daher die Rechtsprechung den "Drahtseilbahnfall" ¹⁾ und den "Speditionsfall" ²⁾, obwohl auch dort die Vorteile für erst in der Zukunft liegende erwartete Bevorzugungen gewährt werden, zu den Schmiergeldfällen gerechnet ³⁾.

cc) Der Grund dafür, daß der Eintritt des Erfolgs für den Schmiergeldbegriff nicht wesentlich ist, liegt darin, daß das Schmiergeld über gewisse Ausstrahlungen verfügt und zwar über Nachwirkungen, Dauerwirkungen und Vorwirkungen ⁴⁾.

δ) Als "Nachwirkung" soll die Eigenart des Schmiergeldes bezeichnet werden, daß nachträgliche Zuwendungen an seinen Angestellten selbst dann Schmiergeld sein können, wenn sie zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses noch nicht einmal zugesichert waren, sofern der Geber eine Beeinflussung des Angestellten und damit seine eigene Bevorzugung für die Zukunft bezweckt. Diese Nachwirkung unterscheidet sich von der Vorwirkung ⁵⁾ einerseits durch die Besonderheit, daß die Zuwendung hier nachträglich - nach dem Zustandekommen des Vertrags oder sogar erst nach seiner Abwicklung - in Aussicht gestellt wird und andererseits dadurch, daß der Geber eine in der Zukunft liegende noch unbe-

1) S. o. S. 8.

2) S. o. S. 8.

3) Der Umstand, daß beide Fälle dem wettbewerbsrechtlichen Bereich zuzuordnen sind, ist in diesem Zusammenhang unwesentlich.

4) S. o. S. 25 ff.

5) S. o. S. 25 ff.

stimmte Bevorzugung erstrebt, während er in den durch die Vorwirkung gekennzeichneten Fällen bei einem bestimmten Geschäft bevorzugt werden will.

Die Nachwirkung des Schmiergeldes ist in der Literatur andeutungsweise unter dem Gesichtspunkt der Treueverletzung und der Herausgabepflicht (§ 667 BGB) behandelt worden.

So führen Schlegelberger-Schröder¹⁾ aus, eine nachträgliche Belohnung könne selbst dann, wenn das bisherige Verhalten des Angestellten nicht treuwidrig war, eine Treueverletzung darstellen, wenn der Angestellte durch die Annahme der Belohnung für die weitere Geschäftsverbindung beeinflusst werden solle²⁾.

Oertmann³⁾ verneint einen Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn für derartige nachträgliche Zuwendungen, weil sie nicht "aus der Geschäftsbesorgung" erlangt seien⁴⁾.

β) Daß der Erfolg, die Bevorzugung des Gebers, nicht tatsächlich vorzuliegen braucht, folgt auch aus der "Dauerwirkung" des Schmiergeldes.

Mit diesem Begriff soll der Umstand gekennzeichnet werden, daß eine in Aussicht gestellte oder hinge-

1) AaO § 59 Rdnr. 42.

2) Vgl. auch Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, S. 198; ders., Der junge Rechtsgelehrte, S. 51; Nikisch aaO S. 457.

3) Arbeitsvertragsrecht, S. 198; ders., Der junge Rechtsgelehrte, S. 51.

4) S. auch Planck aaO § 667 Anm. 2 b.

gebene Zuwendung auch dann Schmiergeld bleibt, wenn der beabsichtigte Erfolg, die Beeinflussung des Geschäftsherrn und damit zugleich die Bevorzugung des Gebers, nicht eintritt, weil beispielsweise der Empfänger nicht mehr bereit ist, den Wünschen des Gebers nachzukommen, sich seinem Willen unterzuordnen.

Diese Dauerwirkung des Schmiergeldes wird, soweit ersichtlich, in der bürgerlichrechtlichen Literatur nicht behandelt. Dennoch ist sie im Bürgerlichen Recht anzuerkennen. Es besteht nämlich Einigkeit darüber, daß eine Bestrafung des Bestechers nach § 12 Abs. 1 UWG nicht vom Eintritt des Erfolgs abhängt ¹⁾. In Anbetracht dieser Tatsache kann es auch im bürgerlichrechtlichen Bereich nicht auf den Erfolgseintritt ankommen, da nicht einzusehen ist, weshalb im Bürgerlichen Recht strengere Anforderungen an den Schmiergeldbegriff zu stellen sein sollten als im Strafrecht.

8) Schließlich ergibt sich auch aus der oben ²⁾ gekennzeichneten Vorwirkung des Schmiergeldes, daß die Bevorzugung nicht objektiv eingetreten sein muß.

Wenn nämlich eine zum Zwecke der Bevorzugung zugesicherte Zuwendung schon die Schmiergeldeigenschaft

¹⁾ Z. B. Haeffner, Die Bestechung von Angestellten und Beauftragten geschäftlicher Betriebe, S. 17; Belger aaO S. 85; Jülich aaO S. 35, 36; Delius aaO S. 289; Leo aaO S. 154; Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 21, 27; Reimer aaO § 12 UWG Rdnr. 11, 16; Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 19, 28, 35; v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 7, 13; BGH NJW 1957, 1604 (1607). Der Grund hierfür ist, daß § 12 UWG sich materiell als Versuchsdelikt darstellt.

²⁾ S. 25 ff.

haben kann, kann es auf das objektive Vorliegen der Bevorzugung nicht mehr ankommen.

c) Zusammenfassend ist festzustellen:

Infolge der Ausstrahlungen des Schmiergeldes muß weder die Hingabe der Zuwendung tatsächlich erfolgt noch die beabsichtigte Bevorzugung eingetreten sein. Fehlt es an der Gewährung und an der Bevorzugung, muß es allein auf die Vorstellungen der Beteiligten ankommen. Entscheidend ist also, daß der Empfänger die Vorstellung hat, er werde die Zuwendung erhalten, und daß der Geber meint, er werde die angestrebte Bevorzugung durch die Einflußnahme des Empfängers auf den Geschäftsherrn erreichen. Dies gilt nicht nur für das Anbieten bzw. Fordern und das Versprechen bzw. Sichversprechenlassen, sondern auch für den Zeitraum zwischen Gewährung bzw. Annahme und dem Erfolgseintritt.

2. Die Fälle innerhalb des Wettbewerbs

a) Da § 12 UWG, der über § 13 UWG auch im Zivilrecht Anwendung findet, materiell ein Versuchsdelikt ist, was aus der Gleichstellung des Gewährens mit dem Versprechen bzw. Anbieten (§ 12 Abs. 1 UWG) und des Annehmens mit dem Sichversprechenlassen und Fordern (§ 12 Abs. 2 UWG) in Verbindung mit der oben ¹⁾ beschriebenen Ansicht folgt, kommt es auf den Eintritt des Erfolgs, der Bevorzugung, nicht an ²⁾. Entscheidend sind also auch hier die Vorstellungen der Beteiligten.

1) S. 40 ff.

2) S. o. S. 53 Fußn. 1.

b) Aus dem gleichen Grunde - das Versprechen bzw. Sichversprechenlassen genügt - braucht das Schmiergeld auch nicht tatsächlich hingegeben bzw. angenommen worden zu sein.

IV. Zusammenfassung

Im Verhältnis Schmierer/Geschmierter sind in subjektiver Hinsicht folgende Merkmale des Schmiergeldes festzustellen:

1. Außerhalb des Wettbewerbs kann von einer subjektiven Doppelstufigkeit des Schmiergeldes gesprochen werden, die darin besteht, daß der Geber mit der Hingabe der Zuwendung eine ihm günstige Beeinflussung des Dritten durch den Empfänger bezweckt und daß dieser sich dem Willen des Gebers unterordnet ¹⁾.
2. Innerhalb des Wettbewerbs verfolgt der Zuwendende einen - wenigstens mittelbaren - Wettbewerbszweck ²⁾. Er hat außerdem die Absicht, durch die Vorteilsgewährung eine Bevorzugung zu erlangen ³⁾. Er will gerade mit der erstrebten Bevorzugung den eigenen Absatz auf Kosten der Mitbewerber steigern ⁴⁾.

Bei dem Empfänger der Zuwendung braucht diese doppelte Absicht nicht vorzuliegen. Es genügt, wenn er die auf Wettbewerb gerichtete Absicht

1) S. o. S. 38 ff.

2) S. o. S. 40 ff., 44.

3) S. o. S. 45 ff.

4) S. o. S. 47.

des Gebenden kennt ¹⁾ und wenn er das Bewußtsein hat, daß er die Zuwendung für eine Bevorzugung des Gebers bekommt ²⁾.

Für sämtliche anderen objektiven Merkmale des Schmiergeldes genügt sowohl auf der Seite des Gebers als auch auf der des Empfängers bedingter Vorsatz ³⁾.

3. Außerhalb und innerhalb des Wettbewerbs kommt es bis zum Eintritt des Erfolgs, der Bevorzugung, allein auf die Vorstellungen der Beteiligten an ⁴⁾. Gleiches gilt für die Frage, ob das nur versprochene Schmiergeld später auch tatsächlich gewährt wird ⁵⁾.

1) S. o. S. 44.

2) S. o. S. 46 f.

3) S. o. S. 48.

4) S. o. S. 48 ff, 54 f.

5) S. o. S. 48 ff, 54 f.

5. K a p i t e l

DIE OBJEKTIVEN MERKMALE DES SCHMIERGELDES IM VERHÄLT- NIS EMPFÄNGER/DIRTTER BZW. MITBEWERBER

In diesem Teil der Arbeit sollen die Merkmale des Schmiergeldes herausgestellt werden, die sich aus den Beziehungen des Empfängers der Zuwendung zu dem Dritten und dem Mitbewerber ergeben. Gegenstand der Untersuchung ist also beispielsweise im "Erbaus-einandersetzungsfall" ¹⁾ das Verhältnis des Maklers E (Empfänger) zu seinem Vollmachtgeber, dem Mit-erben A (Dritter), im "Architektenfall" ²⁾ das Ver-hältnis des Architekten (Empfänger) zu dem Bauherrn (Dritter) und den bei der Vergabe des ~~Bau~~auftrages unberücksichtigt gebliebenen Bauunternehmern (Mit-bewerbern).

I. Die Person des Mitbewerbers

Mitbewerber ist jeder Gewerbetreibende, der Waren oder Leistungen ³⁾ gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt ⁴⁾. Das Mitbewerberverhältnis kann sowohl durch die Ver-wandtschaft mit den Waren, die der Liefernde vertreibt,

1) S. o. S. 7.

2) S. o. S. 7, 8.

3) Zum Begriff der Ware s. o. S. 32 f.

4) BGH NJW 1957, 1604 (1067) mit weit. Nachw.; vgl. § 13 Abs. 1 UWG; s. auch Belger aaO S. 44.

als auch durch die Verwandtschaft mit den Waren desjenigen, an den die Lieferung erfolgt, begründet werden ¹⁾. Naturgemäß kann es Mitbewerber nur in Fällen innerhalb des Wettbewerbs geben.

Der Mitbewerber wird durch § 12 UWG geschützt. Dies ist in Rechtsprechung und Literatur fast ausnahmslos anerkannt ²⁾. Die Ansicht stützt sich auf die Entstehungsgeschichte ³⁾ der Vorschrift.

Nach Vorschlag des Regierungsvertreters sollte das Merkmal "pflichtwidriges Verhalten des Angestellten oder Beauftragten gegen seinen Geschäftsherrn" in den Tatbestand aufgenommen werden. Der Antrag wurde von der Mehrheit der Reichstagskommission jedoch abgelehnt und in der zweiten Lesung des Entwurfs statt dessen das Merkmal der Unlauterkeit ⁴⁾ des Angestellten oder Beauftragten eingefügt.

Diese Entwicklung läßt in der Tat den Schluß zu, daß § 12 UWG eben nicht den Geschäftsherrn, sondern die Mitbewerber schützen will ⁵⁾.

1) Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 3.

2) Z. B. BGH NJW 1957, 1604 (1607); BGH GRUR 1959, 31 (33); RG J W 1921, 338; RG JW 1925, 486; RG JW 1930, 1738; RG JW 1935, 365; RGSt 58, 429; Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr. 12; Reimer aaO § 12 UWG Rdnr. 1; Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 12; Elster aaO § 12 UWG Anm. 1; Finger aaO § 12 UWG Rdnr. 29; v. Godin-Hoth § 12 Anm. 1; Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 1, 23; Belger aaO S. 83; Haeffner aaO S. 11; Jülich aaO S. 44 ff; Tillmann aaO S. 4; Leo aaO S. 153; Hirschenkrämer aaO S. 133.

3) Wiedergegeben in RGSt 48, 291 (293 ff).

4) In Anlehnung an das englische Wort "corruptly" in der "Prevention of Corruption Act" v. 4.8.1906, die als "verbindliches" Gesetz Gegenstand der Beratungen war.

5) Abweichend von der ganz h.M. vertreten Culemann, Verschleierte oder "entschleierte" Schmiergelder?, MuW 35, 245 (247) und v. Harder, Verkäuferprämien, GRUR 1967, 182 (185) die Ansicht, § 12 UWG schütze den Geschäftsherrn des Angestellten (Culemann spricht hierbei von einem Schutz der "Betriebseinheit"); auf den Schutz des Mitbewerbers stellen Schemmel aaO S. 4, 8, 9; Bernheim aaO S. 25 und Niederreuther aaO S. 359 ab, gleichzeitig, wenn auch nur untergeordnet, erkennen sie einen Schutz des Geschäftsherrn an.

II. Die Person des Dritten

Eine gesetzliche Regelung, die die Person des Dritten näher bestimmt, besteht nicht. Obwohl ein Dritter auch in den wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldfällen vorhanden ist - im "Architektenfall" ¹⁾ ist es der Bauherr - sagt § 12 UWG nichts über die Person des Dritten. Das mag auf den ersten Blick verwundern, wird aber verständlich, wenn man bedenkt, daß Schutzobjekt des § 12 UWG nicht der Dritte, sondern der Mitbewerber ist ²⁾.

In der Literatur fehlt eine genaue Kennzeichnung des Dritten. Soweit er überhaupt erwähnt wird, begnügt man sich mit der Feststellung, er sei Dienstherr ³⁾, Arbeitgeber ⁴⁾ oder Auftraggeber ⁵⁾. Gelegentlich wird der Dritte ungenau als "Unternehmer" gekennzeichnet ⁶⁾. Die Rechtsprechung spricht von dem Dritten häufig als "Geschäftsherrn" ⁷⁾. Das ist verständlich, weil es in den meisten zu den Gerichten gelangten Schmiergeldfällen um die Frage geht, ob der Empfänger der Zuwendung diese als "aus der Geschäftsbesorgung erlangt" (§ 667 BGB) oder nach den

1) S. o. S. 7, 8.

2) S. o. S. 57 f.

3) Kontze aaO S. 47.

4) Oertmann aaO, Der junge Rechtsgelehrte, S. 49; Tillmann aaO S. 6; Lion aaO S. 488; Hirschenkrämer aaO S. 131; Schemmel aaO S. 13 spricht vom "Prinzipal".

5) Kontze aaO S. 47; Oertmann aaO, Der junge Rechtsgelehrte, S. 49.

6) Brewe aaO S. 12; Delius aaO S. 281.

7) Z. B. RG JW 1935, 2434; BGHZ 39, 1 ff = NJW 1963, 649 ff = GRUR 1963, 320 ff = WRP 1963, 136 f; BGH WRP 1962, 247 f = GRUR 1962, 466.

Regeln der unechten Geschäftsführung ¹⁾ herausgeben muß.

Die Kennzeichnung der Arbeitgeber, Auftraggeber, Dienstherrn oder Geschäftsherrn als Dritte ist zwar richtig, es handelt sich hierbei aber nur um eine Aufzählung von Beispielen. Nicht gesagt wird, welches der innere Grund für die Einordnung der Genannten Personen als Dritte ist.

Der entscheidende Anhaltspunkt hierfür ergibt sich aus der Kennzeichnung des Empfängers der Zuwendung ²⁾. Wenn Empfänger der Zuwendung jeder sein kann, der auf die wirtschaftliche Geschäftsführung eines anderen einen auf rechtlichem oder tatsächlichem Vertrauen begründeten Einfluß hat, dann ist Dritter derjenige, auf den dieser Einfluß ausgeübt werden kann. Damit ist zugleich zum Ausdruck gebracht, daß der Dritte die schädlichen Folgen des Schmiergeldgewährens bzw. - annehmens zu spüren bekommt, er also regelmäßig der Betroffene ³⁾ ist.

III. Das Merkmal des Handelns "im Wettbewerb"

Für die im Bereich des Wettbewerbs liegenden Fälle verlangt § 12 Abs. 2 UWG auf der Seite des Empfängers der Zuwendung ein Handeln "im Wettbewerb".

Dieses Merkmal liegt vor, wenn der Empfänger in ein Wettbewerbsverhältnis eingreift. Gemeint ist damit

1) S. dazu näher unten S. 185 ff.

2) S. o. S. 21.

3) Im Wettbewerb neben dem Mitbewerber.

das zwischen dem Geber und dessen Mitbewerbern bestehende Wettbewerbsverhältnis ¹⁾.

So greift beispielsweise der Architekt A ²⁾ in den Wettbewerb zwischen dem Bauunternehmer B und dessen Konkurrenten und der Stadtexpedient S ³⁾ in den Wettbewerb zwischen den ihn mit Geldzahlungen bedenkenden Frachtführern und deren Konkurrenten ein.

Liegt kein Wettbewerbsverhältnis vor, ist also z. B. der B der einzige in Betracht kommende Bauunternehmer und gibt es am Ort nur einen einzigen Frachtführer, der dem S Geldbeträge zuwendet, ist das Merkmal "im Wettbewerb" nicht erfüllt. Hierbei handelt es sich allerdings wohl um theoretische Beispiele, da derartige Konstellationen kaum vorkommen werden. Deshalb sei hier ein Fall erwähnt ⁴⁾, der sich täglich ereignen kann:

Der Bankangestellte B verschafft dem kreditsuchenden Kaufmann K durch seine Fürsprache bei dem Vorstand der Bank einen Kredit zu den banküblichen Bedingungen. K hatte dem B für seinen Einsatz eine Kiste Sekt zukommen lassen.

In dem Beispiel fehlt jeder Wettbewerbsbezug. Anders wäre es allerdings, wenn die Bank nur einen Kredit in der gewünschten Höhe vergeben könnte und mehrere Interessenten vorhanden wären.

1) Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 33; s. auch Finger aaO § 12 UWG Rdnr. 43; Herzberg aaO S. 50 und Freytag aaO S. 13 f.

2) Im "Architektenfall" (S. 7, 8).

3) im "Speditionsfall" (S. 8).

4) S. Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 33.

IV. Das Merkmal der Unlauterkeit

1. Innerhalb des Wettbewerbs setzt § 12 Abs. 1 UWG ¹⁾ voraus, daß gehandelt wird, "um durch unlauteres Verhalten des Angestellten oder Beauftragten eine Bevorzugung zu erlangen"; entsprechend enthält § 12 Abs. 2 UWG ²⁾ die Voraussetzung, daß der Angestellte oder Beauftragte "Vorteile fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, damit er durch unlauteres Verhalten.... eine Bevorzugung verschaffe"³⁾

Diese Merkmale gehören zwar in den subjektiven Teil, der objektive Inhalt des Begriffs der Unlauterkeit ist aber schon hier darzustellen.

Nach fast einhelliger Ansicht entspricht die Unlauterkeit im wesentlichen der Sittenwidrigkeit des § 1 UWG, dem sittenwidrigen Verhalten allgemein. Unlauter ist demnach ein Verhalten, das nach den Anschauungen der billig und gerecht denkenden Mitbewerber ⁴⁾ gegen die Grundsätze und Anforderungen des redlichen Verkehrs verstößt ⁵⁾.

1) Aktivseite.

2) Passivseite.

3) Obwohl sie den wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff behandeln, fehlt das Merkmal der Unlauterkeit in den Begriffsbestimmungen von Brewe aaO S. 12; Delius aaO S. 281 und Heiseke aaO S. 362. Erwähnt wird es nur von Tillmann aaO S. 6.

4) Denn sie werden durch § 12 UWG geschützt; s.o.S. 57 f.

5) Niederreuther aaO S. 361; Hiersemann, Verkäuferprämien, WRP 1963, 223; Delius aaO S. 286; Greifelt, Geschäftsbericht, Der Wettbewerb 1965, 2 ff; v. Harder aaO GRUR 1967, 182/183; Würdinger aaO § 59 Anm. 40; Staub-Bondi aaO § 59 Anm. 46; Reimer aaO § 12 UWG Rdnr. 9; Finger aaO § 12 UWG Rdnr. 28 ff; Elster aaO § 12 UWG Anm. 2 f, 3; Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 11; Rosen-thal aaO § 12 UWG Rdnr. 22 ff; v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 8; Belger aaO S. 27 ff; Bernheim aaO S. 26 f; Herzberg aaO S. 52 ff; Jülich aaO S. 33 ff; RGSt 66, 16 ff = RG GRUR 1932, 463 f; RGSt 58, 429; RG JW 1930, 1378; RG JW 1925, 486; RG JW 1921, 338 f.

Da § 12 UWG nicht den Dritten (z. B. den Geschäftsherrn) schützt, kommt es für die Frage der Unlauterkeit nicht darauf an, ob sich das Verhalten des Angestellten oder Beauftragten als pflichtwidrig oder treuwidrig darstellt ¹⁾ oder ob es dem Dritten gegenüber heimlich geschieht ²⁾. Die Vertreter dieser Ansicht verkennen, daß das Verhältnis Mitbewerber/Geschmierter und nicht das Verhältnis Geschmierter/Dritter für die Frage der Unlauterkeit entscheidend ist ³⁾.

Unzutreffend ist es auch, von der Unlauterkeit des Gebers auf die des Empfängers zu schließen. Zwar ist das Reichsgericht häufig so vorgegangen, in erster Linie das Verhalten des Schmierenden als unlauter zu kennzeichnen und dann daraus die Unlauterkeit des Empfängers herzuleiten ⁴⁾; dieser Schluß ist jedoch falsch, weil § 12 UWG sowohl in Abs. 1 als auch in Abs. 2 eindeutig auf ein unlauteres Verhalten des Angestellten abstellt ⁵⁾. Nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut des § 12 UWG ist das unlautere Verhalten des Empfängers selbständig und ohne mittelbare Schlüsse festzustellen.

Für die Beurteilung der Unlauterkeit des Verhaltens des Angestellten müssen die gesamten Umstände des Falls herangezogen werden. Wesentlich ist hierbei

¹⁾ So aber R. Wassermann, Verschleierte Schmiergelder und ähnliches, GRUR 1931, 555; Culemann aaO MuW 35, 245; Schlegelberger-Schröder aaO § 59 Anm. 42; RGSt 48, 291 (295); unklar auch Tillmann aaO S. 6.

²⁾ S. v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 8; vgl. u. S. 65 ff.

³⁾ So zutreffend v. Harder aaO GRUR 1967, 183; s. auch Bernheim aaO S. 26.

⁴⁾ Z. B. RGSt 66, 16 (17) = GRUR 32, 463 f; RG JW 1930, 1738; vgl. Heiseke aaO S. 364 mit weit. Nachw.

⁵⁾ So zutreffend Heiseke aaO S. 364; s. auch v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 8; Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 23.

vor allem, daß sich der Angestellte für seine Handlung etwas zuwenden läßt, daß er um seines Vorteils willen die Mitbewerber benachteiligt. Trifft er eine sachwidrige Entscheidung - wie beispielsweise im "Architektenfall" ¹⁾ - liegt schon deshalb Unlauterkeit vor ²⁾.

Andererseits kann von einem unlauteren Verhalten des Empfängers dann nicht gesprochen werden, wenn er eine sachgerechte Entscheidung trifft, die durch eine echte Wettbewerbsleistung des Gebers gerechtfertigt ist ³⁾. Denn die Zuwendung hat auf die Mitbewerber dann keine nachteilige Auswirkung. Es würde also beispielsweise im "Drahtseilbahnfall" ⁴⁾ an der Unlauterkeit des D fehlen, wenn die Lieferantin tatsächlich die beste auf dem Markt befindliche Drahtseilbahn anzubieten gehabt hätte. Liegen jedoch mehrere gleichwertige Angebote vor und bevorzugt der Angestellte dann den Zuwendenden, ist das Merkmal der Unlauterkeit erfüllt, weil die Bevorzugung dann nicht durch eine echte Wettbewerbsleistung des Gebers, sondern durch die Zuwendung bestimmt wird.

Unlauter ist demnach jede eigennützige Bevorzugung des zuwendenden Mitbewerbers durch den Angestellten, es sei denn, die Bevorzugung ist sachgerecht, d. h. nach dem Prinzip des Leistungswettbewerbs gerecht-

1) S. o. S. 7, 8.

2) S. Belger aaO S. 27 mit weit. Nachw.

3) Vgl. RG JW 1921, 338; RG MuW 14, 260; v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 8; Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 11; Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 24; s. auch Belger aaO S. 27.

4) S. o. S. 8.

fertigt. Eine weitere Ausnahme ist dann anzuerkennen, wenn der Geber auf die Bevorzugung einen Rechtsanspruch hat ¹⁾.

2. Objektiv liegt die Unlauterkeit gegenüber den Mitbewerbern vor, wenn es tatsächlich zur Bevorzugung kommt. Solange die Zuwendung nur gefordert wird oder der spätere Empfänger sie sich versprechen läßt und während des Zeitraums zwischen der Annahme der Zuwendung und dem Tätigwerden des Empfängers fehlt es objektiv an dem Merkmal der Unlauterkeit. Ob und inwieweit die Vorstellungen der Beteiligten hier ausreichen, wird bei der subjektiven Seite des Schmiergeldes im Verhältnis Geber/Dritter ²⁾ und Empfänger/Dritter ³⁾ darzustellen sein.

V. Die Heimlichkeit

Vielfach wird es als wesentlich für den Begriff des Schmiergeldes angesehen, daß seine Gewährung und Annahme ⁴⁾ gegenüber dem Dritten heimlich, sozusagen "hinter seinem Rücken", geschieht ⁵⁾.

1) S. zutreffend v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 8.

2) S. u. S. 133 f.

3) S. u. S. 130 ff.

4) Gleiches gilt natürlich entsprechend für das Anbieten und Versprechen bzw. für das Fordern und Sichversprechenlassen.

5) S. z. B. Kontze aaO S. 48, 60; Stranz, Juristische Rundschau, DJZ 1905, 991; Culemann aaO S. 245 ff; Lion aaO S. 488; Hirschenkrämer aaO S. 131; Krause-Dünow, Das Rückforderungsrecht des Konkursverwalters bei "Schmiergeldverträgen", JR 1960, 5; Staudinger-Coing aaO § 138 Rdnr. 18 q; Staub-Bondi aaO § 59 Anm. 46; Würdinger aaO § 59 Anm. 40.

1. Außerhalb des Wettbewerbs trifft dies unzweifelhaft zu ¹⁾, weil der erstrebte Erfolg, die Bevorzugung des Gebenden, nicht verwirklicht werden kann, wenn der Dritte von der Gewährung der Zuwendung Kenntnis hat. Der Dritte würde, wenn er von der Schmiergeldhingabe wüßte, von sich aus dafür sorgen, daß der Geber sein Ziel nicht erreichen kann; dafür spricht die Lebenserfahrung.

So würde im "Hauskauffall" ²⁾ die Firma das Hausgrundstück entweder überhaupt nicht oder doch wenigstens nicht zu den vorgeschlagenen ungünstigen Bedingungen erwerben, wenn ihr alleiniger Gesellschafter gewußt hätte, daß seinem Privatsekretär H von dem Verkäufer Geldzuwendungen in Aussicht gestellt worden waren; entsprechendes würde im "Fabrikverkaufsfall" ³⁾ gelten; im "Erbauseinandersetzungsfall" ⁴⁾ hätte der Miterbe A dafür gesorgt, daß der für ihn äußerst nachteilige Vertragsschluß unterblieben wäre, wäre ihm bekannt gewesen, daß sein Bevollmächtigter, der Makler E, von dem Miterben B 700.000 RM erhalten hatte und im "Miterben-Vollmachtsfall" ⁵⁾ wären die Miterbinnen nicht mit dem niedrigen Verkaufspreis einverstanden gewesen, hätten sie gewußt, daß ihr "männlicher Beschützer und Berater" für seine Empfehlungen von dem Käufer bezahlt worden war.

Aus dem gleichen Grunde geschieht auch das Fordern und Sichversprechenlassen von Schmiergeld heimlich.

1) Dies verkennen Oertmann, Der junge Rechtsgelehrte, S. 49; Schemmel aaO S. 13 und Kontze aaO S. 47.

2) S. o. S. 6,

3) S. o. S. 6, 7.

4) S. o. S. 7.

5) S. o. S. 7.

2. Für die Fälle innerhalb des Wettbewerbs bestehen Zweifel daran, daß die Heimlichkeit ein Merkmal des Schmiergeldes ist.

a) Zwar werden die Zuwendungen in den oben angeführten Beispielsfällen ¹⁾ vor den jeweiligen Inhabern der Betriebe verheimlicht und dies wird - auch sonst innerhalb des Wettbewerbs - sicherlich die Regel sein, weil die Inhaber bei Kenntnis von solchen Zuwendungen normalerweise einschreiten werden, es gibt aber einige Fälle, in denen die Inhaber Kenntnis von der Vorteilsgewährung hatten und die die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung trotzdem zu den Schmiergeldfällen rechnet.

Es handelt sich hierbei um den "Korkengeldfall" ²⁾, den "Herdweißfall" ³⁾ und den "Chirurgiemechanikerfall" ⁴⁾.

1) S. den "Architektenfall", den "Speditionsfall", den "Drahtseilbahnfall" und den "Ladeneinrichtungsfall" (s. o. S. 7 - 9).

2) Das Reichsgericht behandelt ihn als Schmiergeldfall (RGSt 48, 291 ff).

3) Auch dieser Fall (RG GRUR 1938, 619 ff) wird zu den Schmiergeldfällen gerechnet. Die Vorinstanz (OLG Düsseldorf HRR 1937 Nr. 1604) hatte die Unterlassungsklage aus § 13 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 12 UWG und aus § 1 UWG für begründet gehalten. Das Reichsgericht stützte die Begründetheit der Klage lediglich auf § 1 UWG und ließ offen, ob daneben auch § 12 UWG erfüllt wäre, weil, worauf das Reichsgericht besonders hinwies, beim Eingreifen des § 1 UWG die Prüfung einer weiteren Anspruchsgrundlage prozessual überflüssig war. Es kann kaum Zweifel bestehen, daß das Reichsgericht - was Hirschenkrämer aaO S. 130 zutreffend betont - das in seiner Begründung zu § 1 UWG herausgearbeitete unlautere Verhalten der angestellten Verkäufer in diesem Fall auch für den Tatbestand des § 12 UWG angenommen hätte.

4) Dargestellt von R. Wassermann aaO S. 553. Dieser Fall müßte von der Rechtsprechung, weil er rechtlich dem "Herdweißfall" gleicht, ebenfalls als Schmiergeldfall eingeordnet werden.

Der "Korkengeldfall":

Die Sektfirma "Ch" zu Reims versprach und zahlte den Kellnern und Oberkellnern verschiedener Wirtschaften für jeden abgelieferten Korken der ausgeschenkten Flaschen ihrer Marke 25 Pf, später 35 Pf. Entsprechend der Absicht der Fa. "Ch" empfahlen die Kellner ihren Gästen die Marke "Ch" besonders häufig. Alles geschah mit dem Wissen und dem Einverständnis der Wirte.

Der "Herdweißfall":

Eine Firma stellte Herdputzmittel her und vertrieb sie. Um den Umsatz ihres neuen Herdputzmittels "Herdweiß" zu steigern, räumte sie ihren Abnehmern, den Geschäftsinhabern, eine Umsatzprämie ein mit der Bitte, diese Prämie den mit dem Verkauf ihres Erzeugnisses betrauten Angestellten zukommen zu lassen. Sie wollte hierdurch die Angestellten veranlassen, ihr Putzmittel beim Verkauf in den Vordergrund zu stellen und den Verbrauchern besonders zu empfehlen. Die Inhaber kamen dem Wunsch nach.

Der "Chirurgiemechanikerfall":

Eine Lieferfirma für Chirurgiemechanik schickte an ihre Abnehmer ein Rundschreiben, das u. a. folgenden Wortlaut hatte: "Wir möchten Ihren Angestellten, die sich um den Verkauf unserer Waren bemühen, eine kleine Weihnachtsaufmerksamkeit erweisen und bitten Sie zu diesem Zweck, 10 % aller Fakturen vom November und Dezember d. J. in Abzug zu bringen und diesen Betrag zu obigem Zweck zu verwenden". Die Abnehmer erfüllten die Bitte der Lieferfirma.

Der "Herdweißfall" und der "Chirurgiemechanikerfall" ähneln dem "Korkengeldfall"; ein Unterschied besteht nur insofern, als der Inhaber die Zuwendungen

an seine Angestellten nicht nur billigt, sondern sogar vermittelt.

b) Die genannten Fälle führen zum Problem des sog. entschleierten Schmiergeldes ¹⁾.

Von "entschleiertem" Schmiergeld ²⁾ wird dann gesprochen, wenn die Zuwendung dem Angestellten bzw. Beauftragten mit Wissen und Billigung des Geschäftsherrn (Dritten) ³⁾ oder sogar durch seine Vermittlung ⁴⁾ angeboten, versprochen oder gewährt wird. Derartige Zuwendungen werden in diesem Zusammenhang in der Literatur häufig als "Angestelltenprämien" ⁵⁾, "Verkäuferprämien" ⁶⁾ oder als "Überprovision" ⁷⁾ bezeichnet.

Entscheidungen zum "entschleierten" Schmiergeld sind bis 1945 spärlich und nach 1945 überhaupt noch nicht ergangen. Der Grund hierfür wird darin zu suchen sein, daß es am Kläger gefehlt hat, weil in der Wirtschaft die Ansicht verbreitet ist, nur hinter dem Rücken des Inhabers gegebene Zuwendungen würden vom

1) Näheres dazu s. u. S. 88 ff.

2) Der Begriff "entschleiertes Schmiergeld" stammt von R. Wassermann aaO S. 549 ff. Seine Unterscheidung zwischen halb (Schmiergeldgewährung mit Kenntnis und Billigung des Prinzipals) und ganz (Schmiergeldgewährung durch Vermittlung des Prinzipals) "entschleiertem" Schmiergeld (aaO S. 553 f) ist jedoch unergiebig, da beide Fälle rechtlich gleich zu behandeln sind.

3) Wie im "Korkengeldfall".

4) Wie im "Herdweißfall" und "Chirurgiemechanikerfall".

5) Z. B. Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 12; Sievers aaO S. 29.

6) Z. B. Hirschenkrämer aaO S. 130; Hiersemann aaO S. 222; v. Harder aaO GRUR 1967, 182; Greifelt aaO S. 2.

7) Belger aaO S. 30 verwendet diesen Begriff für die vom Geschäftsherrn vermittelten Zuwendungen.

Schmiergeldverbot des § 12 UWG erfaßt ¹⁾.

aa) Nach der herrschenden Meinung wird in den Fällen des sog. entschleierte Schmiergeldes gegen § 12 UWG verstoßen ²⁾. Als Begründung wird regelmäßig angeführt, das Verhältnis des Angestellten zum Geschäftsherrn (Dritten) sei für die Frage der Unlauterkeit unerheblich, da § 12 UWG nicht den Geschäftsherrn, sondern den Mitbewerber schützen solle ³⁾; deshalb sei es für die Verwirklichung des Tatbestandes des § 12 UWG auch gleichgültig, ob der Geschäftsherr Kenntnis von der Zuwendung habe oder nicht.

bb) Nach der herrschenden Meinung ist die Heimlichkeit innerhalb des Wettbewerbs also kein Merkmal des Schmiergeldes.

c) Gleichwohl könnte auch innerhalb des Wettbewerbs das Schmiergeld durch Heimlichkeit gekennzeichnet sein und zwar entweder, weil der Gast ⁴⁾ bzw. der Kunde ⁵⁾ oder der Mitbewerber als eigentlich Betroffene anstelle des Geschäftsherrn als Dritte einzusetzen sind und die Zuwendung vor ihnen geheimgehalten wird oder weil die Fälle des sog.

¹⁾ S. v. Harder aaO GRUR 1967, 182; Spengler aaO MA 1953, 96.

²⁾ Z. B. RGSt 48, 291 ff; OLG Düsseldorf HRR 1937, 1603; offengelassen von RG GRUR 1938, 619 ff (s. dazu oben S. 67 Fn. 3); Eller, Auch "entschleierte Schmiergelder" sind unzulässig, MuW 31, 612 ff; Schemmel aaO S. 8, 9; Bernheim aaO S. 21 ff; Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 12; Finger aaO § 12 UWG Rdnr. 29; Reimer aaO § 12 UWG Rdnr. 4; Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 23; Tillmann aaO S. 4; Spengler aaO MA 1953, 96; Hiersemann aaO S. 222 ff; Greiffelt aaO S. 2 ff; Leo aaO S. 153 ff.

³⁾ S. o. S. 58.

⁴⁾ Im "Korkengeldfall" (s. o. S. 68).

⁵⁾ Im "Herdweißfall" und "Chirurgiemechanikerfall" (s. o. S. 68).

entschleierten Schmiergeldes entgegen der herrschenden Meinung nicht zum Schmiergeld gerechnet werden können ¹⁾.

3. Sollte der Dritte ausnahmsweise von der Annahme der Zuwendung bzw. dem Fordern und Sichversprechenlassen ohne Wissen der Beteiligten irgendwie Kenntnis erlangt haben und trotzdem, vielleicht um die Beteiligten zu überführen, nicht einschreiten, liegt das Merkmal der Heimlichkeit objektiv nicht vor. Ob und inwieweit hier die Vorstellungen der Beteiligten ausreichen, wird bei der Behandlung der subjektiven Seite des Verhältnisses Geber/Dritter ²⁾ bzw. Empfänger/Dritter ³⁾ darzustellen sein.

VI. Der Untreue-Gesichtspunkt Stark's

Häufig ist der Empfänger der Zuwendung ein Angestellter, der auf Grund einer Vollmacht Geschäfte für seinen Dienstherrn abschließen darf. So gehört es beispielsweise im "Ladeneinrichtungsfall" ⁴⁾ zum Aufgabenbereich des L, mit den Lieferanten die Provisionen auszuhandeln. Benutzt L den ihm eingeräumten Verhandlungsspielraum nun dazu, geringere Provisionen zu vereinbaren, obwohl mit Leichtigkeit

1) Näheres dazu s. u. S. 88 ff.

2) S. u. S. 133 f.

3) S. u. S. 130 ff.

4) S. o. S. 8, 9.

höhere zu erzielen wären, und läßt er sich einen Teil des Differenzbetrags von den Lieferanten auszahlen, liegt der Verdacht nahe, daß er sich einer Untreue (§ 266 StGB) schuldig gemacht hat.

Das Beispiel zeigt, daß sich die Annahme von Schmiergeld als Untreue darstellen kann ^{1) 2)}. Es ist daher nicht verwunderlich, wenn unter diesem Gesichtswinkel versucht worden ist, das strafrechtliche Schmiergeldproblem unter dem Aspekt der Untreue zu lösen. Bereits vor Inkrafttreten des § 12 UWG hat Stark ³⁾ auf die Möglichkeit hingewiesen, durch Erweiterung ⁴⁾ des Untreuetatbestandes des Strafgesetzbuchs das Schmiergeld zu bekämpfen ⁵⁾.

Auf die näheren Einzelheiten soll hier nicht eingegangen werden, da es sich um strafrechtliche Fragen handelt. Von Interesse ist in diesem Zusammenhang jedoch folgendes:

Stark sieht das eigentlich Strafwürdige nicht darin, daß sich der Angestellte als "käuflich" erweist, sondern darin, "daß er das ihm von seinem Prinzipal geschenkte Vertrauen mißbraucht und diesen an seinem Vermögen schädigt" ⁶⁾. Damit zerlegt Stark die Schmier-

1) S. z. B. RGSt 71, 344 ff.

2) Die Gewährung von Schmiergeld wäre dann Anstiftung zur Untreue (§§ 48, 266 StGB).

3) Die Bestechung von Angestellten in Handel und Gewerbe.

4) Damals war § 266 StGB wesentlich enger gefaßt; s. Stark aaO S. 16.

5) Zum Verhältnis des § 266 StGB zu § 12 UWG s. Freytag aaO S. 1 ff, insbesondere S.36 ff.

6) Stark aaO S. 49, 50.

geldannahme einerseits in eine pflichtwidrige Betätigung des Angestellten und andererseits in eine Vermögensschädigung des Dritten.

Es wird zu untersuchen sein, ob diese beiden Gesichtspunkte, die Pflichtwidrigkeit und die Schädigung des Dritten, wesentliche Merkmale des Schmiergeldes sind.

1. Die Pflichtwidrigkeit

Alle Beispielsfälle ¹⁾ sind dadurch gekennzeichnet, daß der jeweilige Empfänger der Zuwendung seine Stellung ²⁾ mißbraucht. Er nimmt auf die wirtschaftliche Geschäftsführung des Dritten Einfluß und stellt dabei seine persönlichen (eigennützigen) Interessen über die seines Auftraggebers, Dienstherrn bzw. Arbeitgebers oder - wie im "Miterben-Vollmachtsfall" ³⁾ - über die Interessen desjenigen, für den er auf Grund eines tatsächlichen Vertrauensverhältnisses tätig ist.

So setzt sich der Privatsekretär H im "Hauskauf-fall" ⁴⁾ für den Abschluß eines für den Verkäufer des Grundstücks günstigen Vertrags ein; im "Fabrik-verkaufsfall" ⁵⁾ macht der von der Käuferin Z zur Beratung beigezogene F seinen Einfluß zum Vorteil des Fabrikanten (Verkäufers) geltend; im "Erbaus-einandersetzungsfall" ⁶⁾ schließt der Makler E einen

1) S. o. S. 6 - 9.

2) S. o. S. 20 f.

3) S. o. S. 7.

4) S. o. S. 6.

5) S. o. S. 6, 7.

6) S. o. S. 7.

für seinen Auftraggeber, den Miterben A, äußerst nachteiligen Vertrag; im "Miterben-Vollmachtsfall" ¹⁾ sorgt der Ehemann M einer der Verkäuferinnen dafür, daß das Grundstück für einen niedrigen Preis verkauft wird; im "Architektenfall" ²⁾ wählt A trotz des Vorliegens günstiger Angebote von anderer Seite den Unternehmer B aus; im "Speditionsfall" ³⁾ bedenkt S ohne Rücksicht auf sachliche Gesichtspunkte oder, falls kein Festentgelt, sondern ein Mindest- bzw. Höchstarif gilt (vgl. § 22 GükG), ohne den Versuch zu machen, den Preis um den Betrag der Zuwendung zu drücken, die Frachtführer, die ihm Zuwendungen gewähren, bevorzugt mit Aufträgen; im "Drahtseilbahnfall" ⁴⁾ fordert und erhält der D für die Verschaffung des Auftrags ein Auto; um die Herabsetzung des offensichtlich übersetzten Kaufpreises bemüht er sich nicht; im "Ladeneinrichtungsfall" ⁵⁾ schließlich kommt der L dem Lieferanten der Ladeneinrichtungsgegenstände beim Aushandeln der Rabattsätze entgegen.

Der Mißbrauch der auf Grund der jeweiligen Stellung gegebenen Einflußmöglichkeit seitens des Empfängers der Zuwendung ist also in sämtlichen Fallgruppen gleichermaßen festzustellen. Ein Unterschied zwischen den Schmiergeldfällen innerhalb und außerhalb des Wettbewerbs ist insoweit nicht zu erkennen.

1) S. o. S. 7.

2) S. o. S. 7, 8.

3) S. o. S. 8.

4) S. o. S. 8.

5) S. o. S. 3, 9.

a) Soweit zwischen dem Empfänger der Zuwendung und dem Dritten ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis¹⁾ oder ein Auftragsverhältnis²⁾ besteht, verstößt er durch den Mißbrauch gegen seine sich aus dem Vertrag ergebende schuldrechtliche Nebenpflicht (§ 242 BGB), die Interessen seines Dienstherrn bzw. Arbeitgebers³⁾ oder Auftraggebers⁴⁾ wahrzunehmen. Ist der Empfänger, wie in den meisten Fällen, Arbeitnehmer, verletzt er die ihm gegenüber seinem Dienstherrn bzw. Arbeitgeber obliegende Treupflicht⁵⁾.

b) Wenn auch in den meisten Schmiergeldfällen ein Verstoß gegen die schuldrechtliche Nebenpflicht (Treupflicht), die dem Angestellten oder Beauftragten verbietet, derartige Zuwendungen zu fordern, anzunehmen oder sich versprechen zu lassen⁶⁾, festzustellen ist, gibt es dennoch Ausnahmen, in denen der Empfänger der Zuwendung keine Rechtspflichten verletzt.

aa) Für die Fälle außerhalb des Wettbewerbsrechts ist der "Miterben-Vollmachtsfall"⁷⁾ ein geeignetes Beispiel. Der Ehemann M ist gegenüber den Verkäuferinnen (Miterben) nicht vertraglich gebunden; es be-

1) So im "Hauskauffall" (S. 6), im "Erbauseinander-setzungsfall" (S. 7), "Architektenfall" (S. 7, 8), "Spe-ditionsfall" (S. 8), "Drahtseilbahnfall" (S. 8) und im "Ladeneinrichtungsfall" (S. 8, 9).

2) So im "Fabrikverkaufsfall" (S. 6, 7).

3) So z. B. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 30. Aufl. 1971, § 611 Anm. 4 a (Putzo).

4) S. z. B. Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Ge-setzbuch, 4. Aufl. 1967, vor § 662 Anm. 7 (Hauß).

5) Einhellige Ansicht; z. B. Brox, Besonderes Schuld-recht, S. 162; Hueck-Nipperdey aaO S. 247; Nikisch aaO S. 457; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, S. 149; Silber-schmidt, Das deutsche Arbeitsrecht, S. 253; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann aaO § 611 Rdnr. 165; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze aaO § 611 Rdnr. 78; Oertmann, Ar-beitsvertragsrecht, S. 195; BGHZ 38, 171 (175); OLG Düsseldorf JW 1934, 1128; LAG Düsseldorf BB 1962, 839.

6) Das LAG Bremen ArbRSam 29 Nr. 9 (LAG) verlangt darüber hinaus eine unverzügliche Anzeige an den Ar-beitgeber, wenn dem Angestellten ein solches Angebot gemacht wird.

7) S. o. S. 7; ähnlich OLG Stuttgart OLGE 40, 330.

steht kein Dienst- oder Arbeitsverhältnis und auch kein Auftragsverhältnis, so daß eine Verletzung schuldrechtlicher Pflichten nicht in Betracht zu ziehen ist. Der M wird vielmehr als "männlicher Beschützer und Berater " auf Grund des ihm persönlich entgegengebrachten Vertrauens tätig. Indem er als Gegenleistung für die Zahlung eines hohen Geldbetrags durch seine Einflußnahme den Kaufpreis für das Grundstück niedrig hält, läßt er die Interessen der ihm vertrauenden Verkäuferinnen außer acht, mißbraucht er seine tatsächliche Vertrauensstellung. Er verstößt damit zwar nicht gegen vertragliche, wohl aber gegen sittliche Pflichten und Pflichten des Anstandes.

Der "Miterben-Vollmachtsfall" unterscheidet sich von den anderen Schmiergeldfällen also nur dadurch, daß die Möglichkeit der Einflußnahme nicht auf rechtlichen Gründen, sondern auf tatsächlichem Vertrauen beruht und daß der Empfänger nicht gegen (vertragliche) Rechtspflichten, sondern gegen Anstandspflichten verstößt.

Man kann hier von einer Pflichtwidrigkeit im weiteren Sinne sprechen. Da diese Pflichtwidrigkeit sich in ihren Auswirkungen nicht von der Verletzung rechtlicher Pflichten unterscheidet - wäre dem M z. B. ein Auftrag (§§ 662 ff BGB) erteilt worden, hätte er nicht anders gehandelt -, ist die Gleichstellung des Verstoßes gegen Anstandspflichten mit dem Verstoß gegen Rechtspflichten gerechtfertigt. Es wäre in der Tat nicht einzusehen, wenn man

beide Fälle unterschiedlich behandeln würde ¹⁾.

Für die Erfüllung des Merkmals "Pflichtwidrigkeit" reicht daher ein Verstoß gegen sittliche Pflichten oder Pflichten des Anstandes aus.

bb) Innerhalb des Wettbewerbs kann ein Verstoß gegen Anstandspflichten dem Verstoß gegen Rechtspflichten nicht gleichgesetzt werden, weil der Empfänger der Zuwendung, also der Angestellte oder Beauftragte ²⁾, immer auf Grund eines Vertragsverhältnisses tätig wird ³⁾.

c) In sämtlichen bisher behandelten Fällen war die Pflichtwidrigkeit des Empfängers, der Verstoß gegen rechtliche oder sittliche Pflichten, durch eine objektiv sach- und interessenwidrige Einflußnahme auf den Dritten gekennzeichnet.

Die Frage ist, ob eine solche Pflichtwidrigkeit auch dann vorliegt, wenn der Empfänger zwar den Wünschen des Gebers entsprechend aber objektiv sach- und interessengemäß handelt.

Das wäre beispielsweise der Fall, wenn der Privatsekretär H ⁴⁾ sich für einen dem Verkehrswert entsprechenden Kaufpreis einsetzen würde, der Verkäufer das Grundstück nur zu diesem Preis abgeben und schließlich die Käuferin gerade dieses Haus zu

¹⁾ Zutreffend spricht sich Schemmel aaO S. 2 für die Einbeziehung von Pflichten, die dem Empfänger "aus Gründen der guten Sitten und der Lauterkeit des Verkehrs obliegen", aus.

²⁾ S. o. S. 22 f.

³⁾ Z. B. Rosenthal aaO § 13 UWG Rdnr. 25, 26; v. Godin-Hoth aaO § 13 UWG Anm. 10.

⁴⁾ Im "Hauskauffall" (S. o. S. 6).

dem angemessenen Preis erwerben wollte. Setzt sich hier der H auf Grund des ihm vom Verkäufer gewährten Vorteils für den Vertragsabschluß ein, kann ihm der Vorwurf einer pflichtwidrigen Einflußnahme auf die Käuferin nicht gemacht werden, weil er sich trotz der Zuwendung sachgerecht verhält und die Interessen der Käuferin wahrt.

Soweit ersichtlich wird auch in der Literatur und Rechtsprechung nicht die Ansicht vertreten, daß die objektiv sach- und interessengemäße Einflußnahme eines Angestellten oder Beauftragten ¹⁾ auf seinen Dienst- oder Geschäftsherrn pflichtwidrig ist ²⁾.

Pflichtwidrig ist also nur die sach- und interessenwidrige Einflußnahme des Empfängers der Zuwendung auf den Dritten. Sie kennzeichnet das Schmiergeld. Die Einbeziehung der sach- und interessengemäßen Einflußnahme in den Begriff der Pflichtwidrigkeit und damit in den Schmiergeldbegriff wäre überdies verfehlt, weil zivilrechtliche Sanktionen gegen eine sach- und interessengemäße Einflußnahme des Empfängers auf den Dritten nicht denkbar sind, die Bestimmung des Schmiergeldbegriffs aber gerade mit Blick auf die Rechtsfolgen vorgenommen werden soll.

1) Im weitesten Sinne.

2) Bei Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze aaO § 611 Rdnr. 78; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann aaO § 611 Rdnr. 165; Hueck-Nipperdey aaO S. 247 und Nikisch aaO S. 457 heißt es nur, die Treuepflicht verbiete dem Arbeitnehmer über § 12 UWG hinaus Schmiergelder anzunehmen, die ihn zu irgendeinem pflichtwidrigen Tun bestimmen sollen, selbst wenn der Empfänger nicht ernsthaft beabsichtige, gegen die Interessen seines Arbeitgebers zu handeln (Nikisch aaO S. 457). Daraus kann nicht gefolgert werden, daß die sach- und interessenmäßige Einflußnahme pflichtwidrig ist. Zur Frage der Pflichtwidrigkeit der Annahme unter den bezeichneten Umständen s. u. S. 79 f.

d) An der pflichtwidrigen Einflußnahme fehlt es naturgemäß, solange der Empfänger die Zuwendung nur gefordert oder sich versprechen lassen hat; sie fehlt selbstverständlich auch nach der Annahme bis zu dem Augenblick, in dem der Einfluß ausgeübt wird.

Ob und inwieweit die Vorstellungen der Beteiligten hier die objektive Pflichtwidrigkeit ersetzen und damit die Schmiergeldeigenschaft einer Zuwendung durch die subjektive Vorstellung begründet wird, ist bei der Erörterung der subjektiven Seite im Verhältnis Geber/Dritter ¹⁾ und Empfänger/Dritter ²⁾ darzustellen. Dort ist auch der Fall zu behandeln, daß der Empfänger zwar noch der Vorstellung des Gebers pflichtwidrig handeln soll, dies aber nicht tut.

e) Eine Pflichtwidrigkeit liegt nicht nur dann vor, wenn der Empfänger seinen Einfluß nach dem Willen des Gebers sach- und interessenwidrig auf den Dritten geltend macht, sondern bereits dann, wenn er die Zuwendung fordert oder sich versprechen läßt und auch dann, wenn er sie annimmt, ohne daß er schon mit der Beeinflussung des Dritten beginnt, sofern er nur von dem Geber bestimmt werden soll, pflichtwidrig auf den Dritten Einfluß zu nehmen ³⁾. Gleichgültig für diese Pflichtwidrigkeit ist es, ob der Empfänger ernsthaft beabsichtigt, gegen die Interessen seines Dienstherrn oder Auftraggebers zu handeln ⁴⁾.

1) S. u. S. 133 f.

2) S. u. S. 130 ff.

3) Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze aaO § 611 Rdnr. 78; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann aaO § 611 Rdnr. 165; Hueck-Nipperdey aaO S. 247; Nikisch aaO S. 457.

4) Nikisch aaO S. 457; vgl. auch die in Fn. 3 Genannten.

Es ist gerechtfertigt, schon die bloße Annahme, das Fordern und Sichversprechenlassen als pflichtwidrig zu bezeichnen, weil die Zuwendung nach der Absicht des Gebers auf eine pflichtwidrige Beeinflussung des Dritten abzielt ¹⁾, der Empfänger dies weiß und damit bereits das Vertrauensverhältnis erschüttert ist.

Anerkannt ist dies für Dienst- und Arbeitsverhältnisse ²⁾, entsprechendes muß aber auch für den Auftrag und - außerhalb des Wettbewerbs ³⁾ - für tatsächliche Vertrauensverhältnisse gelten.

Die in der Annahme ⁴⁾ derartiger Zuwendungen liegende Pflichtwidrigkeit reicht für die Begründung der Schmiergeldeigenschaft allerdings nicht aus. Entscheidend hierfür ist die Pflichtwidrigkeit der Einflußnahme auf den Dritten. Begrifflich ist sie dennoch im Hinblick auf rechtliche Konsequenzen (z. B. für ein Kündigungsrecht des Dienstherrn oder einen Unterlassungsanspruch) von Bedeutung, so daß ihre Aufnahme in den Schmiergeldbegriff gerechtfertigt ist.

f) Daran, daß die Pflichtwidrigkeit innerhalb des Wettbewerbs ein Merkmal des Schmiergeldes ist, können sich im Hinblick auf die Fälle des sog. entschleierten Schmiergeldes ⁵⁾ Zweifel ergeben. Zwar nehmen die Empfänger der Zuwendung in den oben ⁶⁾ angeführten Beispielen - auch soweit sie zum

1) Näheres dazu s. u. S. 133 f.

2) S. S. 79 Fn. 3 und 4.

3) Vgl. o. S. 77 unter bb).

4) Entsprechendes gilt für das Fordern und Sichversprechenlassen.

5) S. o. S. 68 ff.

6) S. o. S. 68.

wettbewerbsrechtlichen Bereich gehören ¹⁾ - auf die wirtschaftliche Geschäftsführung ihres Dienstherrn bzw. Auftraggebers sach- und interessenwidrig (pflichtwidrig) Einfluß, im "Korkengeldfall" ²⁾, "Herdweißfall" ³⁾ und "Chirurgiemechanikerfall" ⁴⁾ ist eine Pflichtwidrigkeit der Empfänger aber nicht festzustellen.

Im "Korkengeldfall" verstoßen die Kölner nicht gegen Treuepflichten, weil ihre Arbeitgeber, die Wirte, mit der Zahlung des sog. Korkengeldes einverstanden sind. Ebensowenig tun dies die angestellten Verkäufer des Putzmittels "Herdweiß" und der Chirurgiemechanikererzeugnisse, weil sie die Prämie nicht nur mit Wissen des Geschäftsinhabers, sondern sogar von ihm selbst ausgezahlt bekommen.

Trotz der fehlenden Pflichtwidrigkeit gegenüber dem Arbeitgeber rechnet die herrschende Meinung ⁵⁾ die "entschleierten" Zuwendungen zum Schmiergeld, indem sie die Anwendbarkeit des § 12 UWG bejaht, weil das Verhältnis des Angestellten zum Inhaber (Dritten) im Hinblick auf den Schutzzweck des § 12 UWG ⁶⁾ unmaßgeblich sei und es mithin nicht auf eine Pflichtwidrigkeit des Angestellten ankomme ⁷⁾.

1) Wie der "Architektenfall" (S. 7,8), der "Speditionsfall" (S. 7,8), der "Drahtseilbahnfall" (S. 8) und der "Ladeneinrichtungsfall" (S. 8,9).

2) S. o. S. 68.

3) S. o. S. 68.

4) S. o. S. 68.

5) S. o. S. 70 Fn. 2; dazu, daß die h. M. auch die Heimlichkeit für unwesentlich hält, s. o. S. 70.

6) Geschützt werden soll der Mitbewerber, nicht der Geschäftsherr - s. o. S. 58.

7) Würde es sich bei den Angestellten (Kellnern, Verkäufern) in den Fällen des sog. entschleierten Schmiergeldes um Angestellte von Alleinvertretern und nicht um Angestellte von Umsatzhändlern (Wirten) ohne ausschließliche Bezugsbindung handeln, wären die Prämien nicht dem wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff zuzuordnen. Vgl. oben S. 47 Fn. 5; näheres s. unten S. 157 f.

Gleichwohl könnte das Schmiergeld auch innerhalb des Wettbewerbs durch eine Pflichtwidrigkeit des Angestellten (Empfängers) gekennzeichnet sein. Entweder, weil der Gast ¹⁾ bzw. der Kunde ²⁾ oder der Mitbewerber als eigentlich Betroffene anstelle des Geschäftsherrn als Dritte einzusetzen sind und ihnen gegenüber pflichtwidrig gehandelt wird, oder weil die Fälle des sog. entschleierte Schmiergeldes entgegen der h. M. nicht zum Schmiergeld zu rechnen sind.

aa) Bei der Prüfung der Frage, ob der Gast bzw. Kunde als Dritter angesehen werden kann, ist davon auszugehen, daß Dritter nur derjenige ist, zu dem der Empfänger der Zuwendung in einem rechtlichen oder tatsächlichen Vertrauensverhältnis steht, das die Möglichkeit der Einflußnahme auf seine wirtschaftliche Geschäftsführung eröffnet ³⁾. Es wird also entscheidend darauf ankommen, ob zwischen dem Gast bzw. Kunden einerseits und dem Angestellten andererseits ein auf tatsächlichen oder rechtlichen Gründen beruhendes Vertrauensverhältnis besteht. Bejahendenfalls ist darauf einzugehen, ob und unter welchen Umständen dem Gast bzw. Kunden gegenüber pflichtwidrig gehandelt wird.

Betrifft ein Kunde ein Geschäft, um irgendeinen Gegenstand, beispielsweise ein Fernsehgerät, zu kaufen, tritt er zu dem Inhaber, nicht aber zu dem ihn be-

1) Im "Korkengeldfall" (S. 68).

2) Im "Herdweißfall" und "Chirurgiemechanikerfall" (S. 68).

3) S. o. S.60.

dienenden Angestellten in rechtliche Beziehungen. Den Inhaber, nicht den Angestellten, treffen z. B. etwaige Ansprüche aus culpa in contrahendo und mit dem Inhaber wird gegebenenfalls der Kaufvertrag geschlossen. Ein auf rechtlichen Gründen beruhendes Vertrauensverhältnis zum Angestellten besteht daher nicht, es sei denn, man wollte annehmen, zwischen dem Kunden und dem Angestellten persönlich würde ein Beratungsvertrag geschlossen. Diese Konstruktion ist jedoch für den Normalfall ¹⁾ zu gekünstelt. Sie soll daher hier außer Betracht bleiben.

2.) Die Frage spitzt sich also darauf zu, ob zwischen dem Gast bzw. dem Kunden und dem Angestellten ein tatsächliches Vertrauensverhältnis besteht.

Es mag sein - dies wird gelegentlich behauptet ²⁾ -, daß der Gast bzw. Kunde, der ein Lokal oder ein Geschäft betritt, bei der Auswahl der Speisen oder Getränke oder dem Kauf der Ware eine objektive Beratung erwartet. Die Richtigkeit dieser Auffassung soll hier nicht näher untersucht werden. Selbst wenn man nämlich unterstellt, daß dies der Fall ist, kann die bloße Erwartung kein Vertrauensverhältnis begründen. Entscheidend kommt es vielmehr darauf an, ob der Kunde (Gast) eine objektive Beratung erwarten darf. Dies darf er aus verschiedenen Gründen nicht.

Der Kunde (Gast) muß sich nach der Lebenserfahrung damit abfinden, daß ein Kaufmann oder Wirt in erster Linie an seinen eigenen Vorteil denkt ³⁾, daß sein

¹⁾ Zur Ausnahme s. u. S. 85 ff.

²⁾ S. z. B. Eller aaO S. 612; Hiersemann aaO S. 224.

³⁾ So zutreffend Greifelt aaO S. 2.

Gewinnstreben im Vordergrund steht. Ein Kaufmann wird in erster Linie versuchen, die Artikel ¹⁾ zu verkaufen, die entweder den größten Gewinn bringen oder die, weil sie das Lager füllen, heraus müssen. Bei der Verwirklichung dieses Ziels setzt der Kaufmann seine Angestellten ein, indem er entweder entsprechende Weisungen erteilt oder durch die Gewährung von Prämien oder einen Leistungslohn den Angestellten einen persönlichen Anreiz bietet. Die Folge ist, daß die objektive Beratung des Kunden (Gastes) in den Hintergrund tritt. Zwar wird die Tatsache, daß der Kaufmann (Wirt) das Risiko schlechter Beratung trägt - er kann es sich nicht leisten, seine Kunden (Gäste) durch eine völlig unsachliche Beratung zu verlieren -, ihn daran hindern, seine Geschäfte ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des Gewinns zu betreiben, jedenfalls aber kann der Kunde (Gast) nach der Lebenserfahrung nicht unbedingt damit rechnen, daß ihm von dem Angestellten ²⁾ Waren (Speisen oder Getränke) angeboten werden, die der Kaufmann (Wirt) auf Grund eigener Prüfung qualitativ und preismäßig als für den Kunden (Gast) besonders empfehlenswert und vorteilhaft befunden hat und die den Belangen des Kunden (Gastes) am besten gerecht werden ³⁾.

Infolgedessen darf der Kunde (Gast) generell eine objektive Beratung nicht erwarten. Das gilt auch in den Fällen des sog. entschleierte Schmiergeldes. Denn

1) Oder die Speisen bzw. Getränke.

2) Oder auch vom Inhaber.

3) So zutreffend BGH GRUR 1958, 138 = NJW 1959, 195 = WRP 1959, 21; v. Harder aaO GRUR 1967, 184; Hirschenkrämer aaO S. 132; RG GRUR 1938, 619(621); vgl. auch Greifelt aaO S. 2 und Hiersemann aaO S. 224.

es ist, wenn schon eine objektive Beratung nicht erwartet werden darf, gleichgültig, aus welchen Gründen die Objektivität des Angestellten beeinträchtigt ist, ob hierfür eine Prämie bzw. Weisung des Inhabers oder eine Prämie des Herstellers maßgeblich ist.

Es ist daher festzustellen, daß zwischen dem Angestellten und dem Kunden bzw. Gast das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses nicht angenommen werden kann, weil er eine objektive Beratung durch den Angestellten nicht erwarten darf. Überdies würde gegen die Bejahung des Vertrauensverhältnisses angeführt werden können, daß die Beziehungen zwischen dem Gast bzw. Kunden und dem Angestellten in der Regel nur flüchtig sind.

Gast und Kunde können also im Normalfall nicht als Dritte eingesetzt werden.

ß) Zu untersuchen ist, ob der Kunde (Gast) wenigstens dann Dritter ist, wenn zwischen ihm und dem Angestellten persönlich ein Beratungsvertrag geschlossen wird. Im Normalfall wird man dies - was schon oben ¹⁾ angedeutet wurde - nicht annehmen können, weil rechtliche Beziehungen nur zu dem Inhaber des Geschäfts bestehen und die Pflicht zur Beratung bestenfalls als schuldrechtliche Nebenpflicht des Inhabers in Betracht kommt. Immerhin ist es denkbar, daß ein Beratungsvertrag mit dem Angestellten persönlich geschlossen wird, wenn der Kunde (Gast) ganz spezielle Wünsche hat, es ihm auf die richtige Auswahl des zu

1) S. o. S. 83

erwerbenden Gegenstandes gerade deshalb ankommt, weil der Gegenstand nach dem Zweck, dem er dienen soll, ganz besondere Voraussetzungen erfüllen muß. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn ein Kunde eine Stereoanlage erwerben will, die den räumlichen Gegebenheiten seiner derzeitigen Wohnung angepaßt aber dennoch geeignet ist, auch nach einem etwaigen Umzug noch ihre Zwecke zu erfüllen.

Bei dieser Konstellation könnte man ein Vertrauensverhältnis des Kunden zu den Angestellten wohl bejahen, weil der Kunde hier eine objektive Beratung erwarten darf. Der Kunde ¹⁾ wäre also als Dritter anzusehen, da der Angestellte auf Grund des (rechtlichen) Vertrauensverhältnisses auch Einfluß auf seine wirtschaftliche Geschäftsführung ²⁾ nehmen kann.

Dieses Ergebnis hilft jedoch für die eingangs gestellte Frage, ob auch innerhalb des Wettbewerbs das Schmiergeld durch Pflichtwidrigkeit gekennzeichnet ist, nicht weiter. Es handelt sich nämlich dann, wenn der Kunde (Gast) als Dritter einzusetzen ist, nicht mehr um einen wettbewerbsrechtlichen, sondern um einen allgemeinen Schmiergeldfall ³⁾.

Innerhalb des Wettbewerbs kann von Schmiergeld (neben anderen Voraussetzungen) nur dann gesprochen werden,

1) Und bei einem vergleichbaren Fall der Gast.

2) Vgl. oben S. 59 f.

3) Etwaige Zuwendungen an den Angestellten, sei es vom Hersteller, sei es vom Prinzipal, sind also dann Schmiergeld, wenn seine Merkmale vorliegen. Pflichtwidrig würde der Angestellte nur bei unsachgemäßer Beratung handeln (s. o. S. 77 f.).

wenn die Zuwendung dem "Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes" ¹⁾ gegeben bzw. von ihm angenommen wird, um "bei dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen" ²⁾ eine Bevorzugung zu erlangen bzw. zu verschaffen (§ 12 Abs. 1, Abs. 2 UWG). An diesen Voraussetzungen fehlt es, weil der Kunde (Gast) in den Fällen des sog. entschleierte Schmiergeldes als "Geschäftsherr" des Empfängers zwar Waren bezieht, er aber nicht Inhaber eines geschäftlichen Betriebs und mithin der Empfänger auch nicht Angestellter eines geschäftlichen Betriebs ist, während § 12 UWG nur Anwendung finden kann, wenn der Geschäftsherr des Angestellten eines geschäftlichen Betriebs Waren oder gewerbliche Leistungen bezieht ³⁾.

8) Innerhalb des Wettbewerbs ist die Pflichtwidrigkeit also nicht schon deshalb ein Merkmal des Schmiergeldes, weil der Gast bzw. der Kunde als Dritter einzusetzen ist und der Empfänger der Zuwendung ihm gegenüber möglicherweise pflichtwidrig handelt.

Im Normalfall besteht zwischen dem Kunden (Gast) und dem Angestellten kein Vertrauensverhältnis ⁴⁾, so daß der Kunde (Gast) nicht Dritter sein kann. Liegt aber ausnahmsweise ein Vertrauensverhältnis vor ⁵⁾ und ist der Kunde (Gast) infolgedessen Dritter, handelt es sich nicht mehr um einen wettbewerbsrechtlichen, sondern um einen allgemeinen Schmiergeldfall ⁶⁾, so daß dann die etwaige Pflicht-

1) S. o. S. 21 ff.

2) S. o. S. 32 ff.

3) Vgl. oben S.33 und S.21 ff, insbesondere S.23 f.

4) S. o. S. 83 ff.

5) S. o. S. 85 ff.

6) S. o. S. 86 f.

widrigkeit gegenüber dem Dritten nicht als Merkmal des wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriffs angesehen werden kann.

bb) Die denkbare Möglichkeit, den Mitbewerber als Dritten einzusetzen, scheidet aus. Zwar würde es sich dann weiterhin um einen Schmiergeldfall innerhalb des Wettbewerbs handeln, weil der Mitbewerber Inhaber eines geschäftlichen Betriebs ist ¹⁾, es fehlt aber an einem Vertrauensverhältnis zwischen ihm und dem Angestellten (Empfänger der Zuwendung). Der Angestellte weiß häufig gar nicht, wer als Mitbewerber in Betracht kommt, da der Kreis der Mitbewerber in der Regel sehr groß und nicht ohne weiteres überschaubar ist. Selbst wenn ihm der Mitbewerber aber bekannt ist, bestehen keine Beziehungen zwischen ihm und dem Mitbewerber, die die Annahme eines Vertrauensverhältnisses rechtfertigen würden, da ein Mitbewerber, anders als ein Kunde, der wenigstens ausnahmsweise mit objektiver Beratung rechnen darf, sich niemals darauf verlassen darf, daß gerade sein An- oder Verkaufsangebot berücksichtigt wird. In den Fällen des sog. entschleierte Schmiergeldes gehört der Einkauf zudem nicht zum Aufgabenbereich der Empfänger (Kellner, Verkäufer), so daß jede unmittelbare Beziehung zu den Mitbewerbern fehlt.

cc) Da weder der Kunde (Gast) noch der Mitbewerber als Dritter eingesetzt werden können, bleibt zu untersuchen, ob die Pflichtwidrigkeit deshalb ein Merkmal des wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriffs ist, weil die Zuwendungen in den Fällen des

1) vgl. o. S. 86 f.

sog. entschleierte Schmiergeldes nicht zum Schmiergeld zu rechnen sind.

α) Bereits oben ¹⁾ wurde festgestellt, daß die ganz herrschende Meinung auch dann einen Verstoß gegen § 12 UWG bejaht wenn der Angestellte eine Zuwendung mit Wissen oder sogar durch Vermittlung des Inhabers von einem Mitbewerber erhält.

Da es nach dem Schutzzweck des § 12 UWG ²⁾ nicht auf das Verhältnis des Angestellten oder Beauftragten zum Inhaber ankommt, folgert die herrschende Meinung, die Heimlichkeit ³⁾ oder Pflichtwidrigkeit sei für die Frage der Unlauterkeit des Verhaltens des Angestellten unerheblich ⁴⁾. Sie sieht die Unlauterkeit einerseits darin, daß einem Angestellten mit Billigung der Geschäftsleitung Sonderzuwendungen gemacht werden, um den Geber unter Ausnutzung des Erwerbsstrebens des Angestellten vor seinen korrekten Mitbewerbern zu bevorzugen ⁵⁾ und andererseits in der Täuschung der Käufererwartung, die darauf beruhe, daß der Käufer nicht damit rechne, daß der Angestellte eines Einzelhandelsgeschäfts bei seiner Beratung von dritter Seite durch Prämien beeinflusst werde ⁶⁾.

β) Gegen die herrschende Meinung werden in der Literatur Bedenken geltend gemacht.

1) S. 70 Fn. 2.

2) S. o. S. 58.

3) S. o. S. 65 ff, insbesondere S. 70.

4) Eine Ausnahme bildet Hiersemann aaO S. 224, der die Unlauterkeit auch aus dem Eindringen fremder Einflüsse in das Verhältnis Prinzipal/Angestellter herleitet.

5) Z. B. Spengler aaO MA 1953, S. 96; Leo aaO S. 154 und Greifelt aaO S. 2 f.

6) Z. B. Hiersemann aaO S. 223 f; Belger aaO S. 30 f; Eller aaO S. 612 f.

Nach Ansicht von Lion soll die Heimlichkeit gegenüber dem Inhaber Wesensmerkmal des Schmiergeldes sein ¹⁾. Wer schmiere, mache sich den fremden Geschäftsapparat für seine eigenen Zwecke nutzbar, aber so, daß es der Eigentümer nicht merke, er mache sich heimlich an die "inneren Teile des Apparats", er setze "durch verdeckte Zuführungen die eigensüchtigen Instinkte von Unterorganen für seine Interessen in Bewegung".

Bei Kenntnis des Inhabers handle der Angestellte rechtlich und tatsächlich als sein Willensorgan. Eine solche Zuwendung sei ebensowenig Schmiergeld wie eine dem Inhaber unmittelbar gewährte Sondervergütung ²⁾.

§ 12 UWG wolle auch nur versteckte Zuwendungen treffen. Die Vorschrift sei nämlich der Beamtenbestechung (§§ 331 ff StGB) nachgebildet, und da bei Kenntnis der vorgesetzten Behörde unstreitig eine Beamtenbestechung schon tatbestandsmäßig nicht vorliege, müsse entsprechend bei Billigung der Zuwendung durch den Dienstherrn § 12 UWG entfallen ³⁾.

Schließlich verneint Lion ⁴⁾, daß das Merkmal der Unlauterkeit erfüllt sei, wenn der Angestellte als Willensorgan des Inhabers handle. Zwar sei erforderlich, daß gegenüber dem Mitbewerber unlauter gehandelt werde, häufig erschöpfe sich die Unlauter-

1) Lion aaO S. 488; ebenso Hirschenkrämer aaO S. 130 f.

2) Lion aaO S. 489; ebenso Hirschenkrämer aaO S. 130 f.

3) So auch Culemann aaO S. 245 f.

4) AaO S. 490.

keit des Angestellten aber darin, daß er hinter dem Rücken des Inhabers tätig werde; dann entfalle mit der Entschleierung die Sittenwidrigkeit. Beanstande aber beispielsweise der Angestellte Waren eines Mitbewerbers ohne Grund, handle er diesem Mitbewerber gegenüber auch bei Kenntnis des Inhabers unlauter.

Culemann ¹⁾ führt aus, zwar komme es nicht auf die Heimlichkeit an, im Ergebnis aber sei Lion zuzustimmen, da das entscheidende Merkmal der Unlauterkeit bei Kenntnis des Dienstherrn nicht erfüllt sei.

Das Erfordernis des "unlauteren Verhaltens des Angestellten" müsse enger ausgelegt werden, als die herrschende Meinung dies tue.

Gewähre ein Geschäftsinhaber seinen Angestellten für den Verkauf bestimmter Artikel eine Prämie, komme § 12 UWG unstreitig nicht zur Anwendung. Die Prämienhingabe von Seiten des Fabrikanten solle demgegenüber gegen § 12 UWG verstoßen. Das sei unverständlich, weil beide Fälle wirtschaftlich völlig gleich lägen ²⁾. Die Irreführung des Publikums könne für die Unlauterkeit kein entscheidender Gesichtspunkt sein, weil er auch im Falle der Prämiengewährung durch den Inhaber zutreffe ³⁾. Der Angestellte habe beide Male bei der Beratung des Kunden

¹⁾ AaO S. 245 ff.

²⁾ Culemann aaO S. 246; so auch Hirschenkrämer aaO S. 131 f; v. Harder aaO GRUR 1967, 184; Heiseke aaO S. 364.

³⁾ S. Fn. 2.

seinen eigenen Vorteil im Auge. Der Kaufmann, der in seinem kleinen Laden selbst verkaufe, preise schließlich ebenfalls in erster Linie die Waren an, an denen er am meisten verdiene. Der Gesetzgeber stelle an die Moral des Angestellten keine höheren Anforderungen als an die des Kaufmanns selber ¹⁾.

Im "Chirurgiemechanikerfall" ²⁾ könne von Bestechung schon deshalb keine Rede sein, weil die Angestellten die Zuwendung nach dem Vorschlag der Lieferfirma gar nicht aus ihrem Vermögen, sondern aus dem Vermögen des Firmeninhabers hätten erhalten sollen und somit ganz einfach das allgemein übliche Verfahren der Prämierung durch den Geschäftsherrn vorliege ³⁾.

Schließlich könne ein Fabrikant jederzeit allen Schwierigkeiten dadurch aus dem Wege gehen, daß er einen Angestellten seines Kunden in eigene Dienste nehme, so daß der Angestellte dann als "Propagandist" ausschließlich für ihn tätig werden würde und § 12 UWG keine Anwendung fände ⁴⁾.

Unter Berücksichtigung dieser Aspekte könne von einem unlauteren Verhalten nur gesprochen werden, wenn der Angestellte seinem Vorteil nachgehe, ohne zugleich die Belange seines Geschäftsherrn im Auge zu haben. Habe der Inhaber Kenntnis von der Zuwendung, liege - anders als bei heimlichen Zuwendungen - keine Pflichtwidrigkeit und damit auch kein unlauteres Verhalten des Angestellten

1) Culemann aaO S. 246.

2) S. o. S. 68.

3) Culemann aaO S. 246.

4) Culemann aaO S. 246.

vor. Eine Unlauterkeit sei auch nicht den Mitbewerbern gegenüber gegeben, weil die Mitbewerber kein Recht hätten, die Gewinnverteilung innerhalb des Betriebes nachzuprüfen, da § 12 UWG die Einheit des Betriebes nach außen schützen wolle ¹⁾.

Hirschenkrämer ²⁾ betont ergänzend, das Korkengeld könne nur als Entgelt, nicht aber als Schmiergeld angesehen werden. Da es dem Prinzipal grundsätzlich freistehe, mit wem er abschließe, müsse er auch denjenigen wählen können, der sein Personal auf diese Weise "mitbezahle".

An der "Korkengeldentscheidung" ³⁾ übt v. Harder ⁴⁾ Kritik. Er wirft dem Reichsgericht vor, es habe bei der Interpretation des Wortes "Unlauterkeit" die notwendige Differenzierung zwischen dem Verhältnis Angestellter/Prinzipal und dem Verhältnis Angestellter/Mitbewerber vernachlässigt, indem es ⁵⁾ ein Handeln gegen Treu und Glauben, das sich aber nicht mit Rücksicht auf das "allgemeine Volksbewußtsein" bestimme, sondern im Rahmen des Wettbewerbsverhältnisses zu betrachten sei, als unlauter bezeichnet habe. Das Verhältnis Angestellter/Prinzipal werde durch Treuepflichten, das des Angestellten zum Mitbewerber aber nicht durch Treue-, sondern durch Anstandspflichten bestimmt. Unlauter sei das Verhalten des Angestellten entweder, wenn er sich durch das Angebot eines Dritten verleiten lasse, treuwidrig (pflichtwidrig) zu handeln ⁶⁾, oder wenn er dem Mitbewerber gegenüber

¹⁾ Culemann aaO S. 246, 247.

²⁾ AaO S. 132.

³⁾ RGSt 48, 291 ff.

⁴⁾ AaO GRUR 1967, 182 ff.

⁵⁾ RGSt 48, 291 (295).

⁶⁾ AaO S. 183.

Anstandspflichten verletze ¹⁾. Beides könne man in den Fällen des sog. entschleierte[n] Schmiergeldes nicht annehmen. Billige der Inhaber die Zuwendung, verhalte sich der Angestellte nicht pflichtwidrig. Auch eine Verletzung von Anstandspflichten gegenüber den Mitbewerbern liege nicht vor, weil - hier stützt sich v. Harder auf die Argumentation Culemanns ²⁾ - eine Prämien-gewährung an den Angestellten durch den Inhaber, die zulässig sei, die gleiche wirtschaftliche Wirkung habe und die Unlauterkeit auch nicht aus der Täuschung der Käufererwartung hergeleitet werden könne.

Heiseke ³⁾ führt aus, für die Frage der Unlauterkeit des Angestellten sei sein Verhältnis zum Prinzipal (Pflichtwidrigkeit) unerheblich ⁴⁾, falsch sei es auch - wie häufig die h. M. ⁵⁾ -, von der Unlauterkeit des zuwendenden Mitbewerbers auf die des Angestellten zu schließen, da der Geber nicht sicher sein könne, ob der Angestellte auch tatsächlich wunschgemäß verfare ⁶⁾.

Im übrigen begründet Heiseke die fehlende Unlauterkeit des Angestellten gegenüber dem Mitbewerber wie v. Harder ⁷⁾. Nur beim Hinzutreten besonderer Umstände, was beispielsweise der Fall sei, wenn ein minderwertiges Erzeugnis verkauft werden solle, wo-

1) AaO S. 183 f.

2) S. o. S. 91, 92.

3) AaO S. 362 ff.

4) AaO S. 364.

5) Vgl. o. S. 63 f.

6) S. o. Fn. 4.

7) AaO S. 183 f, 185.

von im Regelfall allerdings nicht ausgegangen werden könne, sei eine Unlauterkeit des Angestellten zu bejahen ¹⁾.

() Die gegen die herrschende Meinung vorgebrachten Bedenken sind beachtlich. Zwar vermögen die für die Ausklammerung des sog. entschleierte Schmiergeldes aus dem Bereich des § 12 UWG gegebenen Begründungen zum Teil nicht zu überzeugen, im Ergebnis aber ist der Kritik jedoch wenigstens für den Regelfall zu folgen.

Der Versuch Lions ²⁾, Culemanns ³⁾ und Hirschenkrämers ⁴⁾, § 12 UWG über das Merkmal der Kenntnis des Prinzipals auszuschalten, kann keinen Erfolg haben.

Die Heimlichkeit ist zwar außerhalb des Wettbewerbs ein wesentliches Merkmal des Schmiergeldes ⁵⁾, § 12 UWG stellt dieses Erfordernis jedoch nicht auf, vielmehr folgt aus dem Schutzzweck der Vorschrift - nicht der Inhaber, sondern der Mitinhaber wird geschützt ⁶⁾ -, daß das Verhältnis des Angestellten zum Prinzipal für die Frage, ob der Tatbestand des § 12 UWG erfüllt ist, unerheblich ist ⁷⁾.

Das weitere Argument Lions und Hirschenkrämers, eine Zuwendung an den Angestellten bei Kenntnis des Inhabers sei ebenso wenig als Schmiergeld anzusehen wie

1) AaO S. 365.

2) S. o. S. 90 Fn. 1, 2.

3) S. o. S. 90 Fn. 3.

4) S. o. S. 90 Fn. 1, 2.

5) S. o. S. 65 f.

6) S. o. S. 58.

7) So auch zutreffend Heiseke aaO S. 363.

eine Zuwendung an den Inhaber selbst, weil der Angestellte dann Willensorgan des Inhabers sei ¹⁾, ist ebenfalls im Hinblick auf den Schutzzweck des § 12 UWG nicht durchschlagend. Die möglichen schädlichen Auswirkungen einer Prämiengewährung von Seiten des Herstellers treffen die Mitbewerber nämlich ohne Rücksicht darauf, ob der Inhaber Kenntnis von der Angelegenheit hat und der Angestellte damit sein "Willensorgan" ist oder nicht. Hinzu kommt, daß § 12 UWG gerade die Zuwendungen an Angestellte treffen will und daß durch die Kenntnis aus der Zuwendung an den Angestellten noch keine Zuwendung an den Inhaber wird.

Soweit Lion und Culemann ihre Ansicht darauf stützen, daß § 12 UWG als Nachbildung der Beamtenbestechung ebenso wie diese nur verdeckte Zuwendungen treffen wolle ²⁾, kann ihnen nicht zugestimmt werden. Denn eine Nachbildung muß nicht notwendigerweise zur inhaltlichen Übereinstimmung führen. Außerdem ist die Interessenlage bei der Beamtenbestechung (§§ 331 ff StGB) und der Angestelltenbestechung (§ 12 UWG) unterschiedlich. Während die §§ 331 ff StGB das Treueverhältnis zum Staat und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Sauberkeit der Amtsführung schützen ³⁾ und eine Gefährdung dieser Rechtsgüter nicht besteht, wenn die vorgesetzte Dienststelle mit einer Zuwendung an den Beamten einverstanden ist, ist die Gefahr für den durch § 12 UWG geschützten Mitbewerber nicht behoben, wenn der Geschäftsinhaber von einer Zuwendung an seinen Angestellten weiß und sie billigt.

¹⁾ S. o. S. 90.

²⁾ S. o. S. 90.

³⁾ Z. B. Schwarz-Dreher aaO vor § 331 Anm. 1.

Der von Hirschenkrämer angeführte Gesichtspunkt, das an die Kellner gezahlte Korkengeld ¹⁾ habe Entgeltcharakter und sei infolgedessen nicht als Schmiergeld anzusehen ²⁾, überzeugt nicht.

Es kommt zwar häufiger vor, daß ein Geschäftsinhaber in seinem Betrieb Angestellte des Herstellers eines Artikels, der zu seinem Verkaufsprogramm gehört oder neu aufgenommen werden soll, als "Propagandisten" tätig werden läßt, und es ist auch vorstellbar, daß ein Angestellter einerseits ein Festgehalt und andererseits eine Leistungsprämie für den Verkauf bestimmter Artikel vom Inhaber erhält, daß ihm aber ein Teil seines Gehalts in der Form von Prämien des Herstellers ausgezahlt wird, dürfte wohl kaum vorkommen. Überdies wäre § 12 UWG auch nur dann ausgeschlossen, wenn zwischen dem Hersteller und dem Empfänger ein Anstellungsverhältnis bestehen würde, so daß der Empfänger einerseits Angestellter des Geschäftsinhabers mit Festgehalt und andererseits Angestellter des Herstellers hinsichtlich des Verkaufs seiner Erzeugnisse mit einem durch die Verkaufsleistung bestimmten Gehalt sein würde. Das würde aber voraussetzen, daß zwei aufeinander abgestimmte Verträge mit dem beschriebenen Inhalt abgeschlossen worden wären, was in keinem der zum sog. entschleierte Schmiergeld gehörenden Beispiele ³⁾ der Fall war ⁴⁾. Die Hersteller wollen auch gar kein Angestelltenver-

1) Im "Korkengeldfall" (S. 68).

2) S. o. S. 93.

3) S. o. S. 68.

4) Sollten tatsächlich einmal solche Verträge geschlossen werden, wären die Prämien in der Tat nicht als Schmiergeld anzusehen. Mit dem Problem des sog. entschleierten Schmiergeldes hätte dieser Fall allerdings nichts zu tun.

hältnis begründen, sondern fremde Angestellte durch jederzeit widerrufliche Prämienzusagen zum bevorzugten Verkauf ihrer Erzeugnisse gewinnen. Wenn Hirschenkrämer ¹⁾ ausführt, dem Prinzipal stehe es grundsätzlich frei, denjenigen zu wählen, der sein Personal auf diese Weise "mitbezahle", verkennt er, daß die Prämie nur dann Entgeltcharakter haben kann, wenn zwischen den Beteiligten ein entsprechender Vertrag geschlossen worden ist.

Die Argumentation Culemanns, im "Chirurgiemechanikerfall" ²⁾ könne schon deshalb nicht von Bestechung die Rede sein, weil die Angestellten die Zuwendungen nicht aus dem Vermögen der Lieferfirma, sondern aus dem des Geschäftsinhabers hätten erhalten sollen und somit eine Prämierung durch den Geschäftsherrn vorliege ^{3) 4)}, ist nicht geeignet, die Unanwendbarkeit des § 12 UWG zu begründen.

Richtig ist zwar, daß eine Prämiengewährung durch den Inhaber unstreitig nicht gegen § 12 UWG verstößt, weil nur Zuwendungen eines Mitbewerbers oder einer für ihn tätigen Person überhaupt von dieser Vorschrift erfaßt werden ⁵⁾, im "Chirurgiemechanikerfall" und dem gleich zu behandelnden "Herdweißfall" ⁶⁾ liegen aber keine Zuwendungen des Inhabers vor, sondern Zuwendungen von Mitbewerbern ⁷⁾. Der Umstand, daß die Prämien formell auf dem Umweg

1) S. o. S. 93.

2) S. o. S. 68.

3) S. o. S. 92.

4) Entsprechendes müßte nach Culemann auch für den "Herdweißfall" (S. 68) gelten, weil die Zuwendungen dort ebenfalls nicht nur mit Wissen, sondern sogar durch Vermittlung des Inhabers zu den Angestellten gelangten.

5) S. o. S. 21 f.

6) S. o. Fn. 4.

7) Es kann davon ausgegangen werden, daß auch andere Fabrikanten Herdputzmittel bzw. Erzeugnisse der Chirurgiemechanik herstellen.

über das Vermögen der Geschäftsinhaber zu den Angestellten gelangten, ist hierbei nicht erheblich. Wirtschaftlich handelte es sich um Beträge, die entweder - im "Chirurgiemechanikerfall" - den Mitbewerbern in ihrer Eigenschaft als Lieferanten zustanden oder die sie - im "Herdweißfall" - den Inhabern zur Weitergabe an die Angestellten zur Verfügung gestellt hatten. Die Inhaber waren für die Zuwendungen der Mitbewerber gleichsam nur "Durchgangsstufe". Jedenfalls haben sie die Prämien nicht als eigene Leistung, sondern als Leistung der Hersteller angesehen, so daß man eine Tätigkeit der Inhaber für die Fabrikanten (Mitbewerber) annehmen muß. Nach § 12 UWG kommt es außerdem überhaupt nicht darauf an, aus wessen Vermögen die Zuwendungen stammen ¹⁾.

Der richtige Ansatzpunkt für die Kritik ist die Bejahung des Merkmals der "Unlauterkeit" durch die herrschende Meinung. Diejenigen, die in den Fällen des sog. entschleierte Schmiergeldes keinen Verstoß gegen § 12 UWG sehen, halten dieses Merkmal übereinstimmend für nicht erfüllt ²⁾. Ihre Begründungen sind zwar zum Teil angreifbar, im Ergebnis ist ihnen aber für den Regelfall zuzustimmen.

Lion ³⁾ und v. Harder ⁴⁾ meinen, daß für die Frage der Unlauterkeit auch Gesichtspunkte maßgebend sind, die das Verhältnis des Angestellten zum Geschäftsinhaber betreffen. So verneinen Lion und v. Harder

¹⁾ Z. B. Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 12; v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 5; Reimer aaO § 12 UWG Rdnr. 5.

²⁾ Lion aaO S. 490; Culemann aaO S. 246 f; v. Harder aaO GRUR 1967, 183 ff; Hirschenkrämer aaO S. 131 f; Heiseke aaO S. 364 f.

³⁾ AaO S. 490.

⁴⁾ AaO GRUR 1967, S. 183.

die Unlauterkeit schon allein deshalb, weil die Angestellten (Kellner) den Geschäftsinhabern gegenüber nicht heimlich ¹⁾ und nicht pflichtwidrig ²⁾ handeln. Die Ansicht Lions und v. Harders ist jedoch deshalb nicht richtig, weil das unlautere Verhalten des Angestellten wegen des Schutzzwecks des § 12 UWG allein aus seinem Verhältnis zum Mitbewerber ³⁾, nicht aber aus dem zum Inhaber (Dritten) zu bestimmen ist ^{4) 5)}.

Die von Culemann ⁶⁾ für die Verneinung der Unlauterkeit gegebene Begründung trifft nicht zu. Auch Culemann zieht hierfür - ebenso wie Lion und v. Harder - Gesichtspunkte aus dem Verhältnis des Angestellten zum Geschäftsherrn heran, indem er die Unlauterkeit danach bestimmen will, ob der Angestellte die Belange des Geschäftsinhabers im Auge gehabt habe, was gegebenenfalls - wie in den Fällen des sog. entschleierte Schmiergeldes - zum Ausschluß der Unlauterkeit führe.

Soweit er eine Unlauterkeit des Angestellten gegenüber den Mitbewerbern verneint, weil diese kein Recht hätten, die Gewinnverteilung innerhalb des Betriebs nachzuprüfen, da § 12 UWG die Einheit des Betriebes nach außen schützen wolle ⁷⁾, kann ihm

¹⁾ Lion aaO S. 490.

²⁾ v. Harder aaO GRUR 1967, S. 183.

³⁾ Zuzugeben ist v. Harder (s. o. S. 93), daß für das Verhältnis des Angestellten zum Mitbewerber nicht, wie das Reichsgericht angenommen hat (RGSt 48, 295), der Maßstab von Treu und Glauben entscheidend ist.

⁴⁾ S. o. S. 63; s. auch Heiseke aaO S. 364.

⁵⁾ Damit ist nicht gesagt, daß die Heimlichkeit bzw. Pflichtwidrigkeit innerhalb des Wettbewerbs kein Merkmal des wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriffs ist. Beide würden dann das Schmiergeld innerhalb des Wettbewerbs kennzeichnen, wenn die Fälle des sog. entschleierte Schmiergeldes in jedem Fall wegen fehlender Unlauterkeit nicht unter § 12 UWG fallen. Näheres s. u. S. 108.

⁶⁾ AaO S. 246 f.

⁷⁾ S. o. S. 92 f.

ebenfalls nicht zugestimmt werden. Auch in diesem Punkt erkennt Culemann den Schutzzweck des § 12 UWG. Für seine Auffassung ist nicht der geringste Anhaltspunkt gegeben. Die Gesichtspunkte, die Culemann veranlassen, das Merkmal der Unlauterkeit enger als die herrschende Meinung auszulegen, sind allerdings zum Teil beachtlich. Zwar trifft seine Auffassung, im "Chirurgiemechanikerfall"¹⁾ liege eine Prämierung durch den Inhaber vor, nicht zu²⁾ und auch der Hinweis auf die Möglichkeit, den § 12 UWG dadurch zu umgehen, daß der Fabrikant einen Angestellten seines Kunden als "Propagandisten" einstellt und ihm Verkaufsprämien zahlt³⁾, ist wenig ergiebig, weil dieser Fall und die Fälle des sog. entschleierte Schmiergeldes, in denen die Prämien mit Kenntnis oder durch Vermittlung der Geschäftsinhaber gezahlt werden, keine Gemeinsamkeiten aufweisen, aber Culemanns Gedanke, es könne nicht eine Prämiengewährung durch den Inhaber an seine Angestellten zulässig und die Zahlung von Prämien durch einen Fabrikanten (Mitbewerber) unzulässig sein⁴⁾, ist geeignet, die herrschende Meinung und die Bejahung der Unlauterkeit durch sie in Frage zu stellen.

Gewährt ein Geschäftsinhaber seinen Angestellten für den Verkauf bestimmter Artikel Prämien, so wird darin unstreitig zu Recht kein Verstoß gegen § 12 UWG gesehen⁵⁾. Es ist aber unverständlich, daß bei einer Prämienzahlung durch den Hersteller in

1) Entsprechendes müßte für den "Herdweißfall" gelten, vgl. o. S. 98 Fn. 4.

2) S. o. S. 98 f.

3) S. o. S. 92.

4) S. o. S. 91 f.

5) S. o. S. 91.

jedem Fall, insbesondere auch bei Kenntnis und Billigung der Zuwendung¹⁾ durch den Inhaber, § 12 UWG verletzt sein soll .

Das Verhalten des Angestellten wird in beiden Fällen gleichermaßen beeinflußt. Er wird versuchen, die Artikel an den Kunden (Gast) zu veräußern, deren Verkauf ihm eine Prämie und damit ein zusätzliches Einkommen bringt. Die Quelle der Zuwendung spielt für das Verhalten des Angestellten also keine Rolle. Auch die Auswirkung auf die Mitbewerber, deren Erzeugnisse nicht durch eine Verkaufsprämie gefördert werden, stimmt in beiden Fällen überein: ihre Produkte werden von den Angestellten vernachlässigt und im Ergebnis weniger verkauft. Angesichts dieser Sachlage ist es schwerlich einzusehen, daß das Verhalten des Angestellten in dem einen Fall unbeanstandet hingenommen, in dem anderen aber als unlauter und unzulässig angesehen wird.

Wegen der gleichen wirtschaftlichen Wirkung liegt der Gedanke nahe, beide Fälle grundsätzlich gleich zu behandeln.

Bedenken bestehen insofern, als - auch in den Fällen des sog. entschleierte[n] Schmiergeldes - die Prämien von Mitbewerbern gezahlt werden und § 12 UWG gerade verhindern soll, daß sich Mitbewerber durch Gewährung von Vorteilen an Angestellte einen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern verschaffen. Es

1) Vgl. o. S. 91 Fn. 2.

darf nicht verkannt werden, daß es sich im "Korkengeld-", "Herdweiß-" und "Chirurgiemechanikerfall" nicht um Zuwendungen des jeweiligen Geschäftsinhabers, sondern um Zuwendungen von Mitbewerbern handelt ¹⁾, und daß die fremden Prämien durch die Billigung und das Einverständnis des Inhabers ihre Eigenschaft, Prämien eines Mitbewerbers zu sein, nicht verlieren - denn alle Beteiligten sehen die Zuwendungen als solche des gewährenden Mitbewerbers an -, aber die Prämien werden infolge des Einverständnisses und der Billigung durch den Geschäftsinhaber gleichsam auch zu seinen eigenen. Dieser Gesichtspunkt könnte es rechtfertigen, das Verhalten der Angestellten in den Fällen des sog. entschleierte[n] Schmiergeldes und in den Fällen, in denen eine Prämien-gewährung durch den Inhaber erfolgt, grundsätzlich gleichzubehandeln ²⁾.

Dies könnte, da eine Prämien-gewährung durch den Inhaber nicht gegen § 12 UWG verstößt, weil nur Zuwendungen eines Mitbewerbers von dieser Vorschrift erfaßt werden ³⁾, es sich andererseits in den Fällen des sog. entschleierte[n] Schmiergeldes aber gerade um Zuwendungen von Mitbewerbern handelt, nur dadurch geschehen, daß das Merkmal der Unlauterkeit des Verhaltens des Angestellten gegen die herrschende Meinung so ausgelegt wird, daß es im "Korkengeld-", "Herdweiß-" und "Chirurgiemechanikerfall" nicht erfüllt ist.

Daß es nicht richtig ist, von der Unlauterkeit des Gebers auf die des Empfängers zu schließen,

¹⁾ S. o. S. 98 f.

²⁾ Ob dies auch ohne Kenntnis der Inhaber der Fall wäre, kann hier offenbleiben.

³⁾ S. o. S. 21 f, 91.

weil § 12 UWG eindeutig auf ein unlauteres Verhalten des Angestellten abstellt, wurde bereits ausgeführt ¹⁾. Falsch ist auch der Versuch der herrschenden Meinung, die Kritik dadurch für unberechtigt zu erklären, daß man die Unlauterkeit aus der Täuschung der Käufererwartung herleitet ²⁾. Denn der Kunde darf regelmäßig eine objektive Beratung nicht erwarten ³⁾; darf er dies aber ausnahmsweise doch, liegt kein wettbewerbsrechtlicher Schmiergeldfall vor ⁴⁾, so daß die Frage der Unlauterkeit des Verhaltens des Angestellten unerheblich ist. Außerdem würde der Gesichtspunkt der Irreführung des Publikums ebenso im Falle der Prämienengewährung durch den Inhaber zutreffen ⁵⁾, weil die Quelle der Zuwendung für die Beeinflussung des Angestellten keine Rolle spielt ⁶⁾. Schließlich setzt § 12 UWG eine Unlauterkeit des Angestellten gegenüber den Mitbewerbern und nicht gegenüber der Allgemeinheit voraus. Zwar schützt § 12 UWG - wie das gesamte UWG - auch die Interessen der Allgemeinheit ⁷⁾, dieser Schutzzweck tritt aber als mittelbarer hinter dem Zweck, die Mitbewerber zu schützen, zurück.

1) S. o. S. 63 ; ob der gewährende Mitbewerber i. S. des § 1 UWG unlauter handelt, ist eine andere Frage. Dazu s. Heiseke aaO S. 365 ff.

2) Wie z. B. Eller aaO S. 612 f; Hiersemann aaO S. 224; Belger aaO S. 30.

3) S. o. S. 83 ff.

4) S. o. S. 85 ff.

5) Das betonen zutreffend Culemann aaO S. 246; Hirschenkrämer aaO S. 131 f; v. Harder aaO GRUR 1967, 184; Heiseke aaO S. 364.

6) S. o. S. 102.

7) Z. B. RG GRUR 1938, 619 (620); Belger aaO S. 30.

Dennoch wird man in den Fällen des sog. entschleierte Schmiergeldes ein unlauteres Verhalten des Angestellten trotz des Einverständnisses des Dienstherrn aber nicht generell verneinen können.

In einem wenig bekannten Fall ¹⁾, in dem ein Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft im Einvernehmen mit dem Aufsichtsrat mit einer äußerst geringen Einlage - die Jahresgewinne machten ein Vielfaches der Einlage aus - an einer Gesellschaft für Abdampfvorwärmer beteiligt wurde, um dieser Gesellschaft alle von der Aktiengesellschaft zu vergebenden Aufträge auf Lieferung von Abdampfvorwärmern zu verschaffen, hat das Reichsgericht im Hinblick auf §§ 1, 12 UWG, § 826 BGB zwar ausgesprochen, erst eine Geheimhaltung der Beteiligung in der Absicht, seine Vorstandsstellung ohne Rücksicht auf die Belange seiner Dienstherrin zum Vorteil der Gesellschaft für Abdampfvorwärmer könne das Vorstandsmitglied mit dem Makel der Unlauterkeit belasten ²⁾, dieser Entscheidung kann aber jedenfalls hinsichtlich des § 12 UWG nicht gefolgt werden. Das Reichsgericht übersieht nämlich, daß die Unlauterkeit des Angestellten in § 12 UWG nicht aus seinem Verhältnis zum Dienstherrn, sondern aus dem zu den Mitbewerbern zu bestimmen ist ³⁾. Das mag daran liegen, daß das Reichsgericht § 12 UWG (in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB) als Grundlage des von den ausgeschalteten Mitbewerbern geltend gemachten Scha-

¹⁾ RG MuW 41, 196 ff ("Abdampfvorwärmerfall").

²⁾ RG MuW 41, 196 (199).

³⁾ S. o. S. 63.

denersatzanspruchs nicht ernstlich in Betracht gezogen hat, was sich daraus ergibt, daß jede Stellungnahme zum sog. entschleierte(n) Schmiergeld fehlt. Immerhin läßt die Entscheidung erkennen, daß die Bejahung des Merkmals der Unlauterkeit durch die herrschende Meinung in den Fällen des sog. entschleierte(n) Schmiergeldes nicht so selbstverständlich ist, wie dies von ihr oft hingestellt wird.

Wenn auch in diesen Fällen das Merkmal der Unlauterkeit enger auszulegen ist als die herrschende Meinung dies tut, weil eine Prämie durch den Inhaber die Mitbewerber ebenso trifft wie eine von einem Mitbewerber gezahlte Prämie und deshalb - jedenfalls bei Kenntnis und Billigung des Inhabers ¹⁾ - das Verhalten des Angestellten in dem einen Fall nicht zulässig und in dem anderen nicht unzulässig sein kann, so kann doch durch eine einschränkende Auslegung eine generelle Verneinung des Merkmals der Unlauterkeit in den Fällen des sog. entschleierte(n) Schmiergeldes nicht erreicht werden, weil zu berücksichtigen ist, daß es sich im Grunde um eine von einem Mitbewerber ausgehende Zuwendung handelt ²⁾.

Während es bei der Prämienvergabe durch den Inhaber nicht darauf ankommt, ob die Bevorzugung des Mitbewerbers, dessen Artikel von dem Inhaber gefördert werden, sachgerecht, d. h. nach dem Prinzip des Leistungswettbewerbs gerechtfertigt

¹⁾ S. o. S. 102 f.

²⁾ Darauf weist auch Belger aaO S. 29 f. zutreffend hin.

ist, weil die Anwendung des § 12 UWG nicht an der fehlenden Unlauterkeit, sondern schon daran scheitert, daß in diesem Fall der Zuwendende kein Mitbewerber ist ¹⁾, ist im Hinblick auf den Schutzzweck des § 12 UWG ²⁾ eine Bevorzugung des die Prämie gewährenden Mitbewerbers durch den Angestellten dann gegenüber den anderen Mitbewerbern unlauter, wenn die Bevorzugung nicht sachgerecht, d. h. nach dem Prinzip des Leistungswettbewerbs gerechtfertigt ist ³⁾.

Das bedeutet, daß im "Korkengeld-", "Herdweiß-" und "Chirurgiemechanikerfall" ⁴⁾ es entgegen der herrschenden Meinung an der Unlauterkeit des Angestellten (Kellner) fehlt, weil kein Anhaltspunkt dafür gegeben ist, daß die bevorzugt verkauften Erzeugnisse minderwertig waren, ihre Anpreisung also nicht sachgerecht war ⁵⁾.

Regelmäßig wird - ebenso wie in diesen Fällen - keine Unlauterkeit der Angestellten festzustellen sein, wenn der Geschäftsinhaber von den Zuwendungen der Fabrikanten Kenntnis hat. Der Inhaber wird nämlich, weil er andernfalls seine Kunden verlieren würde, von sich aus darauf achten, daß nur der Absatz solcher Artikel durch Prämien gefördert wird, die qualitativ eine Förderung verdienen. Andererseits kann es auch vorkommen, daß Angestellte für den Verkauf minderwertiger Ware Prämien vom Hersteller im Einverständnis mit dem Inhaber erhalten.

1) S. o. S. 98.

2) S. o. S. 63 ff, 58.

3) S. o. S. 63 ff, insbesondere S. 64 f.

4) S. o. S. 68.

5) Hierauf stellt auch Heiseke aaO S. 365 mit Recht ab. Vgl. dazu Lion aaO S. 490.

Es ist also festzustellen, daß normalerweise das Merkmal der Unlauterkeit des Angestellten gegenüber den Mitbewerbern in den Fällen des sog. entschleierte[n] Schmiergeldes nicht erfüllt ist, daß es aber ausnahmsweise vorliegen kann.

§) Damit steht fest, daß die Zuwendungen in diesen Fällen zwar im Regelfall, aber nicht immer, aus dem wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff ausgeklammert werden können.

dd) Daraus folgt als Ergebnis, daß die Pflichtwidrigkeit innerhalb des Wettbewerbs kein Merkmal des Schmiergeldes ist ¹⁾.

g) Zusammenfassung

Hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit ist also folgendes festzustellen:

aa) Außerhalb des Wettbewerbs handelt der Empfänger von Schmiergeld dem Dritten gegenüber pflichtwidrig ²⁾. Er verstößt entweder gegen eine schuld-

¹⁾ Eine andere Auslegung ist angesichts der heutigen Fassung des § 12 UWG nicht möglich. De lege ferenda wäre es allerdings zu erwägen, ob die Pflichtwidrigkeit nicht ebenso als Merkmal der Angestelltenbestechung in den Tatbestand des § 12 UWG aufgenommen werden sollte, wie dies in den entsprechenden Vorschriften der meisten Staaten im EWG-Bereich geschehen ist. Näheres dazu s. bei Sievers aaO S. 18 ff; Geerds aaO, Vortrag, S. 34 ff; Spengler, Die Bestechung als Erscheinung des unlauteren Wettbewerbs, Der Betrieb 1962, S. 1397 ff; Heiseke aaO S. 362 f; Hirschenkrämer aaO S. 133; Gruner, Die neue niederländische Strafvorschrift gegen das Schmiergelderunwesen, WRP 1968, 172 f.

²⁾ Die Pflichtwidrigkeit ist als Merkmal nur in den Begriffsbestimmungen von Kontze, aaO S. 47 und Tillmann aaO S. 6 enthalten; vgl. auch Schlegelberger-Schröder aaO § 59 Rdnr. 42. Die Aufnahme des Merkmals in die Definition durch Tillmann überrascht, weil Tillmann nur den wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff behandelt. Das Merkmal fehlt bei Oertmann, Der junge Rechtsgelehrte, S. 49, und Schemmel aaO S. 13, obwohl dieser auf S. 2 den Verstoß gegen rechtliche und sittliche Pflichten für wesentlich hält.

rechtliche Nebenpflicht (Treuepflicht) aus § 242 BGB ¹⁾ oder gegen eine sittliche Pflicht bzw. Anstandspflicht ²⁾, indem er den Wünschen des Gebers entsprechend auf die wirtschaftliche Geschäftsführung des Dritten Einfluß nimmt. Man kann diese Pflichtwidrigkeit am besten als den Mißbrauch einer rechtlichen oder tatsächlichen Vertrauensstellung charakterisieren. Pflichtwidrig ist nur die Einflußnahme, die sach- und interessenwidrig ist ³⁾. Pflichtwidrig ist auch die bloße Annahme, das Fordern und Sichversprechenlassen einer Zuwendung, sofern der Geber mit ihr eine pflichtwidrige Einflußnahme des Empfängers auf den Dritten anstrebt ⁴⁾. Die Schmiergeldeigenschaft erlangt eine Zuwendung allerdings nur durch die Pflichtwidrigkeit der Einflußnahme ⁵⁾.

bb) Innerhalb des Wettbewerbs ist die so beschriebene Pflichtwidrigkeit mit Ausnahme ⁶⁾ der durch einen Verstoß gegen Anstandspflichten gekennzeichneten Pflichtwidrigkeit regelmäßig ebenfalls ein Merkmal des Schmiergeldes ⁷⁾. Dennoch kann dieses Merkmal nicht allgemein in den wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff aufgenommen werden, weil in den Fällen des sog. entschleierte Schmiergeldes im Hinblick auf den Schutzzweck des § 12 UWG ein

1) S. o. S. 75.

2) S. o. S. 75 ff.

3) S. o. S. 77 f.

4) S. o. S. 79, 80.

5) S. o. S. 80.

6) S. o. S. 77 unter bb).

7) S. o. S. 73 f und S. 80 ff.

Verstoß gegen diese Vorschrift auch dann zu bejahen ist, wenn es an einer pflichtwidrigen Einflußnahme des Angestellten auf den Geschäftsinhaber fehlt ^{1) 2)}.

h) Nachzutragen ³⁾ ist, daß die Heimlichkeit ebensowenig wie die Pflichtwidrigkeit in den wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff aufgenommen werden kann.

2. Die Schädigung des Dritten

Der Gedanke, daß eine Vermögensschädigung des Dritten ein wesentliches Merkmal des Schmiergeldes ist ⁴⁾, liegt nahe, wenn man die Beispielfälle ⁵⁾ betrachtet. Denn der Dritte erleidet in den meisten Fällen einen Schaden.

Im "Hauskauffall" ⁶⁾ zahlt die Käuferin ebenso wie im "Fabrikverkaufsfall" ⁷⁾ einen überhöhten Preis; im "Erbaueinandersetzungsfall" ⁸⁾ wird ein für den Miterben A äußerst nachteiliger Auseinander-

¹⁾ S. o. S. 80 ff, insbesondere s. S. 108.

²⁾ Zutreffend, weil sie nur den wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff behandeln, fehlt das Merkmal der Pflichtwidrigkeit bei Delius aaO S. 281; Heiseke aaO S. 362 und Brewe aaO S. 12.

³⁾ S. o. S. 70, 71.

⁴⁾ So Stark aaO S. 49, 50.

⁵⁾ S. o. S. 6 - 9.

⁶⁾ S. o. S. 6.

⁷⁾ S. o. S. 6, 7.

⁸⁾ S. o. S. 7.

setzungsvertrag geschlossen; im "Miterben-Vollmachtsfall" ¹⁾ werden die Miterben um den dem wahren Wert entsprechenden Verkaufserlös gebracht; im "Architektenfall" ²⁾ zahlt der Bauherr einen höheren Werklohn als nötig gewesen wäre, und im "Ladeneinrichtungsfall" ³⁾ erhält die Großhändlerin nicht die Provision, die ihr ohne die Zuwendungen an den L. gutgebracht worden wäre.

Trotzdem ist das Moment der Schädigung des Dritten dem Schmiergeld nicht wesentlich.

a) Innerhalb des Wettbewerbs wird der Dritte (Geschäftsherr) zwar regelmäßig geschädigt. Das zeigen der "Architektenfall" ⁴⁾, der "Ladeneinrichtungsfall" ⁵⁾ und der "Drahtseilbahnfall" ⁶⁾, in dem die bergrechtliche Gewerkschaft einen offensichtlich übersetzten Kaufpreis entrichten muß ⁷⁾.

Aber die Schädigung des Dritten kennzeichnet das Schmiergeld innerhalb des Wettbewerbs nicht. Etwas anderes kann im Hinblick auf die Fälle des sog. entschleierte Schmiergeldes ⁸⁾, in denen die Geschäftsinhaber keine Vermögenseinbuße erleiden, nicht angenommen werden, weil die Möglichkeit, den eventuell geschädigten Kunden bzw. Gast oder Mitbe-

1) S. o. S. 7.

2) S. o. S. 7, 8.

3) S. o. S. 8, 9.

4) S. o. S. 7, 8.

5) S. o. S. 8, 9.

6) S. o. S. 8.

7) S. o. S. 74.

8) S. o. S. 68.

werber als Dritten einzusetzen, nicht in Betracht kommt ¹⁾ und diese Fälle wegen des Schutzzwecks des § 12 UWG ²⁾ auch nicht generell aus dem wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff ausgeklammert werden können ³⁾.

b) Auch außerhalb des Wettbewerbs ist die Schädigung kein Merkmal des Schmiergeldes.

aa) Es sind Fälle denkbar, in denen der Dritte, obwohl sein Angestellter oder Beauftragter "geschmiert" worden ist, keinen vermögensmäßigen Nachteil erleidet.

Als Beispiele hierfür können der "Korkengeldfall" ⁴⁾, der "Herdweißfall" ⁵⁾, der "Chirurgiemechanikerfall" ⁶⁾ und der "Speditionsfall" ⁷⁾ dienen. Die Geschäftsinhaber erleiden in keinem der Beispiele einen Schaden; sie erhalten für ihre Leistung genau das, was sie auch erhalten hätten, wenn ihre Angestellten keine Zuwendungen entgegengenommen haben würden; im "Speditionsfall" trifft dies allerdings nur zu, wenn für die Güterbeförderung kein Mindest- oder Höchstattarif ⁸⁾ gilt.

1) S. o. S. 82 ff.

2) Der Mitbewerber, nicht der Dritte soll geschützt werden (s. o. S. 58).

3) S. o. S. 88 ff.

4) S. o. S. 68.

5) S. o. S. 68.

6) S. o. S. 68.

7) S. o. S. 8.

8) Vgl. o. S. 74.

Diese Fälle liegen zwar innerhalb des Wettbewerbs, können aber auch hier verwendet werden, wenn man unterstellt, daß jeweils Mitbewerber nicht vorhanden sind, so daß ein Wettbewerbsverhältnis dann nicht vorliegt.

bb) Oben ¹⁾ wurde festgestellt, daß infolge der Ausstrahlungen des Schmiergeldes der Eintritt des angestrebten Erfolges nämlich der Bevorzugung, kein wesentliches Merkmal des Schmiergeldes ist, daß es vielmehr allein auf die Vorstellungen der Beteiligten ankommt.

Da nun eine Schädigung des Dritten nur auf dem Umweg über eine Bevorzugung des Gebers eintreten kann, weil insoweit eine Wechselbeziehung besteht ²⁾, ist es unmöglich, das Vorhandensein eines Schadens auf der Seite des Dritten zu fordern. Mit anderen Worten: Kommt es auf eine Bevorzugung des Gebers nicht an, kann es auch auf eine Schädigung des Dritten nicht ankommen.

Die Rechtsprechung trägt dem z. B. bei der Frage Rechnung, ob schon das bloße Schmiergeldversprechen gegenüber dem Bevollmächtigten des Geschäftspartners zur Nichtigkeit des Hauptgeschäfts (§ 138 BGB) führt ³⁾, indem sie die Nichtigkeit ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines Vermögensschadens bei dem Dritten annimmt ⁴⁾.

1) S. o. S. 49 ff.

2) Das zeigen die oben (S. 110 f) aufgeführten Beispiele deutlich.

3) S. o. S. 27 f.

4) Ebenso Lion aaO S. 488; Hirschenkrämer aaO S. 131; Kontze aaO S. 52; Schemmel aaO S. 8; Soergel-Siebert-Hefermehl § 138 Rdnr. 91.

cc) Gegen die Aufnahme der Schädigung des Dritten in den Schmiergeldbegriff spricht außerdem die Überlegung, daß ein etwaiger Anspruch des Dritten auf Herausgabe des Schmiergeldes gegen den Empfänger (§§ 667, 675 bzw. 687 Abs. 2, 681, 667 BGB) nicht von dem Vorhandensein eines Schadens abhängig ist.

Es würde daher den Bedürfnissen der Praxis, denen sich die Begriffsbestimmung anzupassen hat, nicht entsprechen, wenn die Schädigung des Dritten als Begriffsmerkmal des Schmiergeldes angesehen würde.

dd) Die Schädigung des Dritten ist also kein Merkmal des Schmiergeldes ¹⁾.

c) Wenn auch ein Schadenseintritt in der Person des Dritten nicht erforderlich ist, so ist doch nicht zu verkennen, daß der Dritte beeinträchtigt, seine Interessen irgendwie verletzt werden.

Die folgende Untersuchung beschränkt sich auf die Fälle außerhalb des Wettbewerbs, weil im Rahmen des Wettbewerbs eine etwaige Schädigung und damit auch eine sonstige Beeinträchtigung des Dritten unerheblich ist ²⁾.

aa) Die Beeinträchtigung des Dritten stellt sich in vielen Fällen als Vermögensschaden dar ³⁾. Das

1) Eine andere Frage ist, ob der Dritte einen Schadensersatzanspruch (z. B. aus § 823 Abs. 1 BGB oder positiver Vertragsverletzung) geltend machen kann, wenn er einen Schaden erlitten hat.

2) S. o. S. 111 unter a).

3) Auch die wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldfälle (z. B. der "Architektenfall" (S. 7, 8) und der "Ladeneinrichtungsfall" (S. 8, 9) können hier herangezogen werden, weil auch bei ihnen ein Dritter vorhanden ist und die Fälle sich insoweit nicht von denen außerhalb des Wettbewerbs unterscheiden.

wurde bereits oben ¹⁾ festgestellt.

bb) Der Dritte kann außerdem nicht nur dadurch, daß er einen Schaden erleidet, in seinen Interessen verletzt sein, sondern auch dadurch, daß seine wirtschaftliche Gestaltungsfreiheit eingeschränkt wird.

In allen Fällen, in denen der Dritte Einbußen an seinem Vermögen hinnehmen muß, ist zuvor seine Freiheit, wirtschaftliche Vorgänge - insbesondere Verträge - nach seinem Belieben zu gestalten, zumindest teilweise verlorengegangen. Diese Beschränkung der wirtschaftlichen Gestaltungsfreiheit ist darauf zurückzuführen, daß der Angestellte oder Beauftragte infolge der Zuwendung die Interessen des Gebers verfolgt und damit zugleich die Verwirklichung der Interessen des Dritten, die wesentlich zu seiner wirtschaftlichen Gestaltungsfreiheit gehört, verhindert. Ein Unterschied zwischen den Fällen, in denen der Dritte sich die letzte Entscheidung vorbehält und den Fällen, in denen der Angestellte oder Beauftragte eigene Entscheidungsgewalt, z. B. auf Grund einer Vollmacht, hat ²⁾, ist hierbei nicht festzustellen. Auch dann, wenn dem Empfänger der Zuwendung eine eigene Entscheidungsgewalt zusteht, hat er die Interessen des Dritten zu achten. Tut er dies infolge der Zuwendung nicht und berücksichtigt er die Interessen des Gebenden, liegt ebenso eine Beschrän-

1) S. o. S. 110 f.

2) S. einerseits den "Hauskauffall" (S. 6) sowie den "Fabrikverkaufsfall" (S. 6, 7) und andererseits den "Erbauseinandersetzungsfall" (S. 7) sowie den "Architektenfall" (S. 7, 8).

kung der wirtschaftlichen Gestaltungsfreiheit des Dritten vor wie in dem anderen Fall, in dem der Empfänger auf die Entschließungen des Dritten durch seinen Rat oder seine Empfehlung einwirkt. Zuzugeben ist allerdings, daß die wirtschaftliche Gestaltungsfreiheit des Dritten nur indirekt getroffen wird, wenn dem Empfänger der Zuwendung eine eigene Entscheidungsgewalt zusteht.

Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Gestaltungsfreiheit ist nicht davon abhängig, daß der Dritte (gleichzeitig) geschädigt ist. Das zeigen der "Speditionsfall" ¹⁾ und der "Papierbezugsfall" ²⁾, ein vom Reichsgericht entschiedener Fall, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Ein Papierhändler machte dem für den Einkauf zuständigen Angestellten eines papierverarbeitenden Unternehmens, dessen Lieferant er bereits war, Zuwendungen, um der Gefahr vorzubeugen, daß ihm seine Lieferantenstellung - entgegen seiner Erwartung - wieder genommen werden würde.

In den genannten Beispielen ³⁾ ist der Dritte nicht geschädigt. Im "Speditionsfall" erhält die Speditionsfirma das tarifmäßige Entgelt ⁴⁾ und im "Papierbezugsfall" liefert der Händler weiterhin zu den alten Bedingungen an das Unternehmen.

Dennoch ist der Dritte in diesen Beispielen in seiner wirtschaftlichen Gestaltungsfreiheit beein-

¹⁾ S. o. S. 8.

²⁾ RG GRUR 1932, 462 = RGSt 66, 16 ff.

³⁾ Unerheblich ist, daß es sich hierbei um Beispiele innerhalb des Wettbewerbs handelt; s.o.S. 112.

⁴⁾ Es sei denn, es gilt ein Mindest- oder Höchstarif (s. o. S. 74).

trächtig. Die Einflußnahme des Empfängers der Zuwendung auf seine Geschäftsführung wird hier zwar insofern nicht den Interessen des Dritten zuwiderlaufen, als es dem Dritten wahrscheinlich gleich ist, welcher Transportunternehmer herangezogen wird und von welchem Händler laufend Papier bezogen wird, sofern Qualität und Preis nicht zu beanstanden sind, ein Verstoß gegen die Interessen des Dritten liegt aber in der Verknüpfung der Vorteilsgewährung mit der Einflußnahme auf seine Geschäftsführung; denn diese Verknüpfung birgt immer die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung in sich.

cc) Ist der Dritte Inhaber eines Gewerbebetriebes, wie z. B. im "Speditions-" und "Ladeneinrichtungsfall" ¹⁾, kann sich die Einflußnahme des Empfängers auf seine wirtschaftliche Geschäftsführung als Eingriff in das Recht am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" ²⁾ darstellen.

Während das Reichsgericht zunächst eine Beeinträchtigung dieses Rechts nur dann als gegeben ansah, wenn der Eingriff sich unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebs richtete ³⁾, erweiterte

¹⁾ S. o. S. 8, 9.

²⁾ Voraussetzung ist natürlich, daß man dieses Recht überhaupt anerkennt. Zu den in der Literatur geltend gemachten Bedenken s. Ernst Wolf, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, in: Festschrift für Fritz von Hippel, 1967, S. 665 ff und die bei Buchner, Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz, 1971, S. 1 Fn. 2, Aufgeführten. Die Beantwortung dieser grundsätzlichen Frage würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es soll daher mit der h. M. davon ausgegangen werden, daß ein solches Recht anzuerkennen ist.

³⁾ Z. B. RG JW 1915, 326; RGZ 117, 408.

es später den Schutzbereich des Rechts und begnügte sich mit einer "unbefugten" ¹⁾ bzw. "unmittelbaren" ²⁾ Beeinträchtigung gewerblicher Betätigung ³⁾. Der Bundesgerichtshof schützt den Gewerbebetrieb darüber hinaus in seiner freien Entfaltung ⁴⁾, "in seinem Bestand und in seinen Ausstrahlungen", "soweit es sich gerade um den Gewerbebetrieb in seiner wirtschaftlichen und wirtschaftenden Tätigkeit wesensgemäße und eigentümliche Erscheinungsformen und Beziehungen handelt" ⁵⁾. An dem Erfordernis der "Unmittelbarkeit" des Eingriffs hält auch er fest ⁶⁾.

Die auf Grund der Schmiergeldvereinbarung mit dem Zuwendenden vorgenommene Beeinflussung der wirtschaftlichen Geschäftsführung des Inhabers durch den Empfänger (Angestellten) ist danach ohne weiteres als Beeinträchtigung des Rechts am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" anzusehen. Denn die Einflußnahme greift in die freie Entfaltung des Unternehmens ein, indem mit ihr die Interessen des Gebers verfolgt, die des Unternehmens aber sach- und interessenwidrig zurückgesetzt werden ⁷⁾.

dd) Eine Beeinträchtigung des Dritten kann nicht nur in seiner Schädigung, dem Eingriff in seine wirtschaftliche Gestaltungsfreiheit oder den "ein-

1) Z. B. RG MuW 31, 276.

2) Z. B. RGZ 163, 21.

3) Vgl. Buchner aaO S. 69 ff.

4) BGHZ 8, 142.

5) Z. B. BGHZ 29, 65; s. näheres bei Buchner aaO S. 72 ff.

6) S. Buchner aaO S. 72 ff.

7) S. dazu Tillmann aaO S. 19, 2o.

gerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" liegen, sondern auch darin, daß sein Ansehen ¹⁾ leidet. Das zeigen der "Korkengeldfall" ²⁾, der "Herdweißfall" ³⁾ und der "Chirurgiemechanikerfall" ^{4) 5)}.

Man kann in diesen Fällen weder davon sprechen, daß die wirtschaftliche Gestaltungsfreiheit des Dritten verletzt ist oder in seinen "einggerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" eingegriffen wurde - der Wirt ⁶⁾ und die Einzelhändler ⁷⁾ sind mit der Beeinflussung einverstanden - noch haben Wirt und Einzelhändler einen Schaden davongetragen. Dennoch ist ihr Interessenkreis beeinträchtigt. Wird nämlich bekannt, daß ihre Angestellten für das Anpreisen des Sektes "Ch" bzw. des Putzmittels "Herdweiß" von den Lieferanten des Sekts und des Herputzmittels Zuwendungen erhalten, ist der "gute Ruf" der Arbeitgeber (Dritten) gefährdet.

d) Zusammenfassend ist festzustellen, daß außerhalb des Wettbewerbs eine Schädigung des Dritten zwar kein Merkmal des Schmiergeldes ist, daß aber ein irgendwie gearteter Eingriff in seinen Interessenkreis (z. B. eine Schädigung, eine Beeinträchtigung)

¹⁾ Vgl. Titze, Die Treupflicht des Gehilfen, S. 786.

²⁾ S. o. S. 68.

³⁾ S. o. S. 68.

⁴⁾ S. o. S. 68.

⁵⁾ Unerheblich ist auch hier, daß es sich um Beispiele aus dem Bereich des Wettbewerbs handelt; s. o. S. 113 vor bb.

⁶⁾ Im "Korkengeldfall".

⁷⁾ Im "Herdweißfall" und "Chirurgiemechanikerfall".

gung seiner wirtschaftlichen Gestaltungsfreiheit, ein Eingriff in den "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" oder eine Gefährdung seines Ansehens) das Schmiergeld kennzeichnet ¹⁾.

e) Beim Fordern und Sichversprechenlassen von Schmiergeld liegt ein Eingriff in den Interessenkreis des Dritten ebensowenig vor wie in dem Zeitraum bis zu seiner Vornahme. Bei der Darstellung der subjektiven Seite im Verhältnis Geber/Dritter ²⁾ und Empfänger/Dritter ³⁾ wird untersucht werden, ob und inwieweit die Vorstellungen der Beteiligten den objektiven Eingriff ersetzen.

VII. Das Merkmal der Sittenwidrigkeit

Innerhalb des Wettbewerbs ist die Unlauterkeit des Angestellten gegenüber den Mitbewerbern ein Merkmal des Schmiergeldes ⁴⁾. Außerhalb des Wettbewerbs kann es demgegenüber auf eine Unterlauterkeit des Empfängers der Zuwendung nicht ankommen.

Die Frage ist, ob eine pflichtwidrige ⁵⁾ und heimliche ⁶⁾ Beeinflussung des Dritten durch Eingriff

1) Die Kennzeichnung des Eingriffs in den Interessenkreis des Dritten ist deutlich nur in der Definition Schemmels aaO S. 13 enthalten; sie kommt undeutlich zum Ausdruck in den Begriffsbestimmungen von Kontze aaO S. 47; Lion aaO S. 483 und Hirschenkrämer aaO S. 131; sie fehlt bei Oertmann, Der junge Rechtsgelehrte, S. 49 und zutreffend, weil sie nur den wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff behandeln, bei Heiseke aaO S. 362; Brewe aaO S. 12; Daius aaO S. 281 und Tillmann aaO S. 6.

2) S. u. S. 133 f.

3) S. u. S. 130 ff.

4) S. o. S. 62 ff.

5) S. o. S. 73 - 80, 108 f.

6) S. o. S. 65 ff.

in seinen Interessenkreis ¹⁾ das Schmiergeld ausreichend kennzeichnet oder ob die Einflußnahme zusätzlich in sittenwidriger Weise vorgenommen werden muß.

1. Ein Beispiel ²⁾ soll das Problem verdeutlichen:

Der Playboy P, der von seinem Vater ein wirtschaftlich gesundes Unternehmen geerbt hat, kümmert sich wenig um die Geschäfte. Dennoch ist er so eigensinnig, keine wohlmeinenden Ratschläge anzunehmen. Infolgedessen hat das Geschäft bereits erhebliche Rückschläge erlitten.

Als ein Großabnehmer die Geschäftsbeziehungen abbrechen will, greift der Handelsvertreter E, der laufend Provision aus den Geschäften bezogen hat, ein. Er wendet sich, weil er dem Vater des Playboys seine Existenz verdankt, an den Abteilungsleiter A, auf den P wenigstens gelegentlich hört und bestimmt ihn durch umfangreiche Geldzuwendungen dazu, auf P dahin einzuwirken, die Lieferungsbedingungen für den Großabnehmer, den Stein des Anstoßes, in einigen Punkten zu ändern. A tut dies mit Erfolg und der Großunternehmer bleibt dem Unternehmen erhalten.

Man wird in diesem Fall nicht davon sprechen können, daß der E den Abteilungsleiter A "geschmiert" hat. Zwar ist es für den E, weil er aus der laufenden Geschäftsverbindung Provisionen erhält, von Vorteil, daß der Großabnehmer auch in Zukunft seine Waren von dem Unternehmen des P bezieht, und es auch nicht auszuschließen ist, daß er diesen Vorteil anstrebt, aber der E wird in

1) S. o. S. 114 ff.

2) Nachfolgend als "Playboyfall" bezeichnet.

erster Linie zur Rettung des Unternehmens, aus billigenswerten Motiven, tätig. Aus demselben Grunde wird man ebenfalls dem Abteilungsleiter A nicht den Vorwurf der Annahme von Schmiergeld machen können.

Es fehlt die das Schmiergeld grundlegend kennzeichnende Sittenwidrigkeit ¹⁾, der Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden ²⁾, der zu der Pflichtwidrigkeit und der Heimlichkeit gegenüber dem Dritten hinzutreten muß ³⁾. Das zeigen sämtliche Beispielsfälle ⁴⁾.

2. Die Sittenwidrigkeit der Schmiergeldannahme ist dadurch gekennzeichnet, daß der Empfänger der Zuwendung seines Vorteils wegen die Interessen des Dritten vernachlässigt, daß er aus Eigennutz seine Vertrauensstellung mißbraucht und die Interessen

1) Allgemeine Ansicht: Staudinger-Coing aaO § 138 Rdnr. 18 q; Soergel-Siebert-Hefermehl aaO § 138 Rdnr. 91; Soergel-Siebert-Mühl aaO § 817 Rdnr. 23; Staub-Gadow aaO Anh. 346 Anm. 18; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Aufl. 1960, S. 1169 Fn. 31; Kontze aaO S. 47; Brewe aaO S. 12; Delius aaO S. 303; Krause-Dünow aaO S. 5/6; Kinting aaO S. 49; Schemmel aaO S. 3, 8, 12, 15; Isele Anm. zu BGH AP § 687 BGB Nr. 2; BGH BB 1962, S. 536 = NJW 1962, 1099; BGH Rechtsarchiv der Wirtschaft 1965 Nr. 280; BGH VII ZR 99/63 v. 17.12.1964 in RsprBauZ 3.01 - B1. 303; OLG Stuttgart OLGE 40, 330; RG Gruchot 70 Nr. 41; RG JW 1924 S. 291; RG JW 1932 S. 2704 = RGZ 136, 359 f; RG MuW 1941, S. 196 (197).

2) S. z. B. Palandt-Danckelmann-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, § 138 Anm. 1 a mit weit. Nachw.

3) Das Merkmal der Sittenwidrigkeit fehlt in der Begriffsbestimmung von Oertmann, Der junge Rechtsgelehrte, S. 49 und Schemmel aaO S. 13, obwohl Schemmel die Sittenwidrigkeit auf S. 3 und 8 als wesentlich bezeichnet. Kontze aaO S. 47 hält zwar die Sittenwidrigkeit für ein entscheidendes Merkmal des Schmiergeldes, läßt es aber ausreichen, daß entweder die Pflichtwidrigkeit oder die Sittenwidrigkeit vorliegt.

4) S. o. S. 6 - 9.

des Gebers verfolgt - wie der Privatsekretär H ¹⁾, der Vermittler Z ²⁾, der Miterbe B ³⁾ und der Ehemann M ⁴⁾. Seine Käuflichkeit ist es, die ihn der allgemeinen Mißachtung aussetzt ⁵⁾ und zwar ist es - ebenso wie bei der Unlauterkeit gegenüber den Mitbewerbern ⁶⁾ - gleichgültig, ob der Empfänger sachwidrig oder sachgemäß handelt.

Die Sittenwidrigkeit findet in der Heimlichkeit ⁷⁾ und der Pflichtwidrigkeit ⁸⁾ ebenso ihren Ausdruck wie in der Interessenkollision in der Person des Empfängers ⁹⁾. Sie wird greifbar in der Gefährdung der Entschlußfreiheit, der Willensbeeinflussung und der möglichen Schädigung des Dritten.

3. Die Sittenwidrigkeit gegenüber dem Dritten liegt regelmäßig auch in den wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldfällen vor.

So erweisen sich z. B. der Architekt A ¹⁰⁾, der

1) Im "Hauskauffall" (S. 6).

2) Im "Fabrikverkaufsfall" (S. 6, 7).

3) Im "Erbauseinandersetzungsfall" (S. 7).

4) Im "Miterben-Vollmachtsfall" (S. 7).

5) S. o. S. 122 Fn. 1.

6) S. o. S. 62 ff.

7) Vgl. Krause-Dünnow aaO S. 5; Culemann aaO S. 246/247; Lion aaO S. 490; Riese aaO S. 774; RG MuW 1941 S. 197; RGZ 161, 229 (230/231).

8) Vgl. Krause-Dünnow aaO S. 5; Culemann aaO S. 246/247; Kontze aaO S. 49; Isele, Schmiergeldannahme als Eingriffserwerb, RdA 1962, S. 53; RG MuW 1941, S. 199; RGZ 161, 229 (231).

9) Schemmel aaO S. 2 spricht richtig von einem "Gewissenskonflikt", in dem sich der Empfänger der Zuwendung befindet.

10) Im "Architektenfall" (S. 7, 8).

Stadtxpedient S ¹⁾, das Vorstandsmitglied D ²⁾ und der Angestellte L ³⁾ als käuflich, ordnen sie sich den Wünschen und Interessen des jeweiligen Gebers aus Eigennutz unter und mißbrauchen sie ihre Vertrauensstellung.

Dennoch ist die Sittenwidrigkeit gegenüber dem Dritten innerhalb des Wettbewerbs kein entscheidendes Merkmal des Schmiergeldes. Das zeigen die Fälle des sog. ~~entschlei~~entschleierten Schmiergeldes ⁴⁾, die, obwohl die Einflußnahme des Angestellten infolge des Einverständnisses der Inhaber (Dritten) nicht sittenwidrig ist, ausnahmsweise zu den wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldfällen zu rechnen sein können, weil der Kunde bzw. Gast oder der Mitbewerber, demgegenüber der Angestellte sich möglicherweise sittenwidrig verhält, nicht als Dritter angesehen werden kann ⁵⁾ und diese Fälle im Hinblick auf den Schutzzweck des § 12 UWG ⁶⁾ auch nicht generell aus dem wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff ausgeklammert werden können ⁷⁾.

4. Die Sittenwidrigkeit gegenüber dem Dritten liegt objektiv vor, wenn die vom Geber beabsichtigte Beeinflussung des Dritten stattfindet. Bis zu diesem

1) Im "Speditionsfall" (S. 8).

2) Im "Drahtseilbahnfall" (S. 8).

3) Im "Ladeneinrichtungsfall" (S. 8, 9).

4) S. o. S. 68.

5) S. o. S. 82 - 88.

6) Der Mitbewerber, nicht der Dritte soll geschützt werden (s. o. S. 58 f).

7) S. o. S. 88 - 108.

Zeitpunkt, also insbesondere während des Zeitraums zwischen der Annahme der Zuwendung und dem Tätigwerden des Empfängers und solange die Zuwendung nur gefordert wird oder der spätere Empfänger sie sich versprechen läßt, fehlt es objektiv an dem Merkmal der Sittenwidrigkeit.

Ob und inwieweit die Vorstellungen der Beteiligten in dieser Hinsicht ausreichen, wird bei der subjektiven Seite des Schmiergeldes im Verhältnis Geber/Dritter ¹⁾ und Empfänger/Dritter ²⁾ darzustellen sein.

VIII. Das Verhältnis des Mitbewerbers

zum Dritten

In den Fällen im außerwettbewerbsrechtlichen Bereich ist allein der Dritte der Betroffene. Innerhalb des Wettbewerbs wird er dies - neben den Mitbewerbern - regelmäßig auch sein, so daß sämtliche im Verhältnis Empfänger/Dritter festgestellten objektiven Merkmale in der Regel vorliegen ³⁾, doch kommt es hierauf nicht an, weil § 12 UWG nicht den Dritten, sondern den Mitbewerber schützt ⁴⁾.

Eine Ausnahme bilden die Wettbewerbsfälle, in denen ein Mitbewerber weder verdrängt noch ausgeschaltet

1) S. u. S. 133 f.

2) S. u. S. 130 ff.

3) Vgl. o. S. 66 f, 109 f, 111 f, 123 f.

4) S. o. S. 58 f.

werden kann (uneigentliche Wettbewerbsfälle). Solche Fälle sind denkbar. Man stelle sich beispielsweise vor, daß im "Architektenfall" ¹⁾ zwar zwei weitere Bauunternehmer am Orte sind, die für die Bauausführung an sich in Frage kommen, daß der Bauherr aber mit diesen beiden persönlich verfeindet ist und deshalb ihnen den Auftrag unter keinen Umständen zukommen lassen möchte.

In diesen uneigentlichen Wettbewerbsfällen ist allein der Dritte der Betroffene, so daß eine Gleichbehandlung mit den Fällen außerhalb des Wettbewerbs mit der Folge gerechtfertigt ist, daß sämtliche im Verhältnis zum Dritten festgestellten objektiven Merkmale für die Bejahung der Schmiergeld-eigenschaft einer Zuwendung vorliegen müssen.

IX. Zusammenfassung

Im Verhältnis Empfänger/Dritter bzw. Empfänger/ Mitbewerber sind folgende objektiven Merkmale des Schmiergeldes festzustellen:

1. Außerhalb des Wettbewerbs:

a) Dritter ist derjenige, zu dem der Empfänger der Zuwendung in einer rechtlichen oder tatsächlichen Vertrauensstellung steht, die die Möglichkeit der Einflußnahme eröffnet ²⁾.

¹⁾ S. o. S. 7, 8.

²⁾ S. o. S. 59 f.

b) Der Empfänger von Schmiergeld handelt dem Dritten gegenüber pflichtwidrig ¹⁾. Er mißbraucht seine rechtliche oder tatsächliche Vertrauensstellung, indem er entweder gegen schuldrechtliche Nebenpflichten aus § 242 BGB (z. B. die Treuepflicht) oder gegen sittliche Pflichten bzw. Anstandspflichten dadurch verstößt, daß er den Wünschen des Gebers entsprechend sach- und interessenwidrig auf die wirtschaftliche Geschäftsführung des Dritten Einfluß nimmt.

Bereits die bloße Annahme, das Fordern und Sichversprechenlassen von Schmiergeld ist pflichtwidrig ²⁾.

c) Die Schädigung des Dritten ist kein Merkmal der Schmiergelder ³⁾, wohl aber ein irgendwie gearteter Eingriff in seinen Interessenkreis ⁴⁾, der beispielsweise in einer Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Gestaltungsfreiheit, einem Eingriff in den "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb", in der Gefährdung seines Ansehens oder auch in einer Schädigung liegen kann.

d) Das Schmiergeld wird von dem Dritten geheimgehalten ⁵⁾.

e) Das Schmiergeld ist gekennzeichnet durch die Sittenwidrigkeit gegenüber dem Dritten ⁶⁾, die darin besteht, daß der Empfänger der Zuwendung

1) S. o. S. 73 ff.

2) S. o. S. 79 f.

3) S. o. S. 110 ff.

4) S. o. S. 114 ff.

5) S. o. S. 65 ff.

6) S. o. S. 120 ff.

seines Vorteils wegen die Interessen des Dritten vernachlässigt, daß er aus Eigennutz seine Vertrauensstellung mißbraucht und die Interessen des Gebers verfolgt.

Die Sittenwidrigkeit findet in der Heimlichkeit ebenso ihren Ausdruck wie in der Pflichtwidrigkeit und der Interessenkollision in der Person des Empfängers.

2. Innerhalb des Wettbewerbs:

a) Mitbewerber ist ~~jeder~~ Gewerbetreibende, der Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt ¹⁾.

b) Der Empfänger der Zuwendung muß "im Wettbewerb" handeln, also in das zwischen dem Geber und dessen Mitbewerbern bestehende Wettbewerbsverhältnis eingreifen ²⁾.

c) Wesentliches Merkmal des Schmiergeldes ist die Unlauterkeit ³⁾ des Empfängers der Zuwendung gegenüber den Mitbewerbern. Der Begriff der Unlauterkeit entspricht dem der Sittenwidrigkeit. Unlauter ist das Verhalten des Empfängers gegenüber den Mitbewerbern, wenn er sie um seines Vorteils willen benachteiligt, es sei denn, die Bevorzugung des zuwendenden Mitbewerbers ist sachgerecht, d. h. nach dem Prinzip des Leistungswettbewerbs gerechtfertigt.

¹⁾ S. o. S. 57 f.

²⁾ S. o. S. 60 f.

³⁾ S. o. S. 62 ff.

d) Auch innerhalb des Wettbewerbs liegen in der Regel die Merkmale der Pflichtwidrigkeit ¹⁾, Heimlichkeit ²⁾, Sittenwidrigkeit ³⁾ gegenüber dem Dritten und der Eingriff in seinen Interessenkreis vor ⁴⁾, doch kommt es auf diese Merkmale für die Begriffsbestimmung nicht an, weil § 12 UWG nicht den Dritten, sondern den Mitbewerber schützt ⁵⁾.

e) In den uneigentlichen Wettbewerbsfällen ⁶⁾, also Fällen, in denen ein Mitbewerber weder verdrängt noch ausgeschaltet wird, hat eine Zuwendung nur dann die Schmiergeldeigenschaft, wenn die Merkmale des Eingriffs in den Interessenkreis des Dritten, der Pflichtwidrigkeit, Heimlichkeit und Sittenwidrigkeit gegenüber dem Dritten vorliegen.

1) S. o. S. 73 ff, 108 f.

2) S. o. S. 65 ff, 67.

3) S. o. S. 123 f.

4) S. o. S. 114 ff.

5) S. o. S. 58.

6) S. o. S. 125 f.

6. K a p i t e l

DIE SUBJEKTIVEN MERKMALE DES SCHMIERGELDES IM VERHÄLTNIS EMPFÄNGER/DRITTER BZW. MITBEWERBER

I. Die subjektiven Merkmale außer- halb des Wettbewerbs

Der Empfänger beabsichtigt die Einwirkung auf den Dritten nicht, weil für ihn die Annahme der Zuwendung nicht Mittel zum Zweck, sondern Selbstzweck ist. Andererseits will er aber den Wünschen des Gebers nachkommen, seine Bevorzugung herbeiführen ¹⁾. Die Einflußnahme auf den Dritten geschieht daher bewußt.

Der Empfänger greift also bewußt durch den Mißbrauch seiner Vertrauensstellung (pflichtwidrig) ²⁾ in den irgendwie gearteten Interessenkreis des Dritten ³⁾ ein, wobei er die Zuwendung vor dem Dritten geheimhält ⁴⁾ und Kenntnis von den die Sittenwidrigkeit ⁵⁾ ausmachenden Umständen hat.

Solange die genannten Merkmale objektiv noch nicht verwirklicht sind, also in dem Zeitraum zwischen

1) S. o. S. 38 f.

2) S. o. S. 73 ff.

3) S. o. S. 110 ff.

4) S. o. S. 65 ff.

5) S. o. S. 120 ff.

Annahme der Zuwendung und dem Tätigwerden des Empfängers und solange er den Vorteil nur fordert oder sich versprechen läßt ¹⁾, muß für die Bejahung der Schmiergeldeigenschaft einer Zuwendung die Vorstellung des Empfängers von der zukünftigen Verwirklichung der Merkmale ausreichen. Das folgt aus den oben ²⁾ beschriebenen Ausstrahlungen des Schmiergeldes. Wenn nämlich für die Bevorzugung des Gebers die Vorstellungen der Beteiligten maßgebend sind ³⁾, dann muß, weil der Eingriff in den Interessenkreis des Dritten, die Pflichtwidrigkeit, Heimlichkeit und Sittenwidrigkeit sozusagen Vorstufen der Bevorzugung sind; auch für diese Merkmale die Vorstellung des Empfängers genügen.

Ebenso muß die Vorstellung des Empfängers der Zuwendung ausreichen, wenn eines der Merkmale objektiv gar nicht verwirklicht werden kann oder wird, der Empfänger dies aber nicht weiß.

Ist beispielsweise im "Fabrikverkaufsfall" ⁴⁾ der Z bekannt, daß der Fabrikant den Vermittler F durch die Zusicherung eines Geldbetrags für sich gewonnen hat, läßt die Z sich aber nichts anmerken, weil sie etwa den F überführen will, so ist die Schmiergeldeigenschaft der in Aussicht gestellten Zuwendung auf Grund des Umstandes gegeben,

1) S. o. S. 71, 79, 120, 124 f.

2) S. o. S. 25 ff, 51 ff.

3) S. o. S. 48 ff, insbesondere S. 54.

4) S. o. S. 6, 7.

daß der F die Vorstellung hat, die Z wüßte nichts von der Angelegenheit.

II. Die subjektiven Merkmale innerhalb

des Wettbewerbs

Der Empfänger der Zuwendung braucht sich nur bewußt zu sein, daß der Geber von ihm ein unlauteres Verhalten ¹⁾ zum Nachteil seiner Mitbewerber begehrt ²⁾. Er braucht das Verhalten, daß der Geber von ihm erwartet, allerdings nicht selbst als unlauter anzusehen ³⁾. Es genügt die Erkenntnis, daß er den Geber nicht aus rein sachlichen Gründen vor anderen Mitbewerbern bevorzugen soll ⁴⁾.

Diese für das Strafrecht geltenden Erfordernisse können in das Bürgerliche Recht übernommen werden, weil strengere Anforderungen hier nicht zu stellen sind.

Soweit und solange die Unlauterkeit objektiv nicht vorliegt, genügt auch hier die Vorstellung des Empfängers ⁵⁾.

1) S. o. S. 62 ff.

2) Z. B. Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 34; Finger aaO § 12 UWG Rdnr. 43; Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 26.

3) Z. B. v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 12; Belger aaO S. 40.

4) Liegen diese Voraussetzungen vor, ist der Angestellte auch dann strafbar, wenn er trotz des Geschenks rein sachlich bzw. so handelt, als hätte er kein Geschenk erhalten. BGH NJW 1957, 1604 (1607); Belger aaO S. 40; vgl. RGSt 66, 16 (18).

5) Das unter I. Gesagte gilt entsprechend.

7. K a p i t e l

DIE MERKMALE DES SCHMIERGELDES IM VERHÄLTNIS GEBER/DRITTER BZW. MITBEWERBER

I. Die Merkmale außerhalb des Wettbewerbs

1. Gegenüber dem Dritten hält nicht nur der Empfänger, sondern auch der Geber die Gewährung, das Anbieten oder Versprechen der Zuwendung geheim. Seine Bevorzugung könnte er andernfalls ebensowenig erreichen wie wenn der Empfänger dem Dritten Mitteilung machte ¹⁾.

Schließlich ist auch sein Verhalten dem Dritten gegenüber als sittenwidrig zu bezeichnen. Während die Sittenwidrigkeit des Verhaltens des Empfängers der Zuwendung gegenüber dem Dritten durch seinen Eigennutz, seine Käuflichkeit gekennzeichnet ist, trifft den Geber der Vorwurf der Sittenwidrigkeit, weil er den Eigennutz des Empfängers dazu ausnutzt, eine Bevorzugung zu erlangen, auf die er keinen Anspruch hat ²⁾.

2. In subjektiver Hinsicht will und bezweckt der Geber die Einflußnahme des Empfängers auf den Dritten, um auf diese Weise seine Bevorzugung zu

1) S. dazu oben S. 66 f.

2) S. o. S. 122 Fn. 1.

erlangen ¹⁾. Er will, daß der Empfänger unter Mißbrauch seiner Vertrauensstellung - pflichtwidrig ²⁾ - in den irgendwie gearteten Interessenkreis des Dritten ³⁾ eingreift, daß er die Zuwendung vor dem Dritten verheimlicht ⁴⁾, und er kennt auch die Umstände, die die Sittenwidrigkeit ⁵⁾ ausmachen.

Infolge der Ausstrahlungen ⁶⁾ des Schmiergeldes ist eine Zuwendung schon dann als Schmiergeld zu bezeichnen, wenn der Geber sich die Verwirklichung der Merkmale ⁷⁾ nur vorstellt, sei es, daß sie später tatsächlich verwirklicht werden, sei es, daß sie objektiv, weil der Dritte z. B. Kenntnis von der Vorteilsgewährung hat, gar nicht erfüllt werden können. Ebenso genügt seine Vorstellung, daß die Gewährung, das Anbieten und Versprechen heimlich geschieht.

II. Die Merkmale innerhalb des Wettbewerbs

1. Der Gebende verhält sich gegenüber dem Mitbewerber ebenso sittenwidrig wie - außerhalb des Wettbewerbs - gegenüber dem Dritten ⁸⁾.

1) S. o. S. 38 ff.

2) S. o. S. 73 ff.

3) S. o. S. 114 ff.

4) S. o. S. 65 ff.

5) S. o. S. 120 ff.

6) S. o. S. 25 ff, 51 ff.

7) S. o. S. 71, 79, 120, 124 f.

8) S. o. S. 133.

2. Subjektiv handelt der Gebende in Kenntnis der die Unlauterkeit des Empfängers gegenüber dem Mitbewerber ausmachenden Umstände. Von dem unlauteren Charakter des Verhaltens selbst braucht er keine Vorstellung zu haben ¹⁾.

Daneben ist die Absicht des Gebenden erforderlich, seine Konkurrenten (Mitbewerber) zu beeinträchtigen; das folgt daraus, daß er "zu Zwecken des Wettbewerbs" ²⁾ tätig wird ³⁾.

Solange das Merkmal der Unlauterkeit objektiv noch nicht verwirklicht ist ⁴⁾, genügt es infolge der Ausstrahlungen des Schmiergeldes ⁵⁾, daß der Gebende sich die Merkmale vorstellt, aus denen die Unlauterkeit folgt. Gleiches gilt hinsichtlich seines eigenen sittenwidrigen Verhaltens.

III. Das Verhältnis des Gebenden zum

Dritten und zum Mitbewerber

Dieses Verhältnis spielt eine Rolle in den eigent-

¹⁾ S. z. B. v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 12.

²⁾ S. o. S. 40 ff.

³⁾ So mit Recht Callmann aaO § 12 Rdnr. 20 und Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 19. Abweichend, aber angesichts der Fassung des § 12 Abs. 1 UWG nicht haltbar, lassen v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 12, Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Anm. 15 und Belger aaO S. 32 bedingten Vorsatz ausreichen. Belger ist insofern inkonsequent, als er auf S. 26 aaO die auf Wettbewerb gerichtete Absicht als "auf jeden Fall erforderlich" bezeichnet.

⁴⁾ S. o. S. 65.

⁵⁾ S. o. S. 25 ff, 51 ff.

lichen ¹⁾ Wettbewerbsfällen, in denen nicht nur der Dritte, sondern auch der Mitbewerber der Betroffene ist.

Da innerhalb des Wettbewerbs nicht der Dritte, sondern der Mitbewerber durch § 12 UWG geschützt wird ²⁾, kommt es für den wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff auf eine Beeinträchtigung des Dritten nicht an.

Wie die Beispielsfälle ³⁾ zeigen, wird der Eingriff in den Interessenkreis des Dritten allerdings in der Regel vorliegend oder in Aussicht genommen.

1) Im Gegensatz zu den uneigentlichen Wettbewerbsfällen, in denen ein Mitbewerber weder verdrängt, noch ausgeschaltet wird, s. o. S. 125 f.

2) S. o. S. 58.

3) S. o. S. 6 - 9.

8. Kapitel

DIE BEGRIFFSBESTIMMUNG

Nachdem die Merkmale des Schmiergeldes im Verhältnis der einzelnen am Schmiergeldvorgang Beteiligten zueinander erörtert worden sind, kann der Versuch unternommen werden, den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen und den wettbewerbsrechtlichen Begriff des Schmiergeldes festzulegen.

Dabei ist folgendes zu beachten:

Für die Bejahung der Schmiergeldeigenschaft einer Zuwendung genügt es weitgehend, daß die Merkmale des Schmiergeldes nur in der Vorstellung der Beteiligten vorliegen ¹⁾. Das Schmiergeld ist also wesentlich vom Subjektiven her gekennzeichnet, so daß eine objektive Bestimmung des Schmiergeldbegriffs nicht in Betracht kommt. Bei der Abfassung der Definition des allgemeinen und des wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriffs muß daher die subjektive Seite in den Vordergrund gestellt werden ²⁾.

¹⁾ Hinsichtlich der tatsächlichen Hingabe des Vorteils s. o. S. 56, des Eintritts des Erfolges (der Bevorzugung) s. o. S. 56, des Mißbrauchs der Vertrauensstellung s. o. S. 130 ff, des Eingriffs in den Interessenkreis s. o. S. 130 ff, der Heimlichkeit s. o. S. 130 ff, der Sittenwidrigkeit s. o. S. 130 ff und der Unlauterkeit (innerhalb des Wettbewerbs) S. 130 ff.

²⁾ Es ist unschädlich, daß hierbei die Definitionen nicht den Fall ausdrücklich erfassen, daß sämtliche Merkmale objektiv gegeben sind. Denn selbstverständlich liegt dann "erst recht" Schmiergeld vor.

Unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts ergeben sich auf Grund der Ergebnisse des ersten Teils der Untersuchung folgende Begriffsbestimmungen:

I. Allgemeiner Begriff des Schmiergeldes im
außerwettbewerbsrechtlichen Bereich

Schmiergeld ist jeder materielle oder immaterielle Vorteil, der demjenigen, der auf die wirtschaftliche Geschäftsführung eines anderen, des Dritten, einen auf rechtlichem oder tatsächlichem Vertrauen begründeten Einfluß hat (Empfänger), entweder unmittelbar oder mittelbar zugute kommen soll und den der Geber zum Zwecke seiner Bevorzugung dem Empfänger heimlich anbietet, verspricht oder gewährt. Dabei soll nach der Vorstellung des Gebers die Bevorzugung durch einen gewollten, heimlichen Eingriff in den irgendwie gearteten Interessenkreis des Dritten unter Mißbrauch der Vertrauensstellung des Empfängers (pflichtwidrig) in sittenwidriger Weise erreicht werden.

Schmiergeld ist auch jeder Vorteil, den der Empfänger mit Billigung des Zwecks sowie des vom Geber beabsichtigten und vom Empfänger in Aussicht genommenen Eingriffs in den Interessenkreis des Dritten pflichtwidrig fordert, sich versprechen läßt oder annimmt.

II. Wettbewerbsrechtlicher Begriff des Schmiergeldes

Schmiergeld ist jeder materielle oder immaterielle Vorteil, der dem Angestellten oder Beauftragten (Empfänger) eines geschäftlichen Betriebs entweder unmittelbar oder mittelbar zugute kommen soll und den ein Mitbewerber oder jemand, der für ihn tätig ist (Geber), dem Empfänger zum mittelbaren oder unmittelbaren Zweck der eigenen oder fremden Absatzförderung (Wettbewerbszweck) in der Absicht, für sich selbst oder einen anderen eine Bevorzugung zu erlangen, anbietet, verspricht oder gewährt. Dabei soll nach der Vorstellung des Gebers die Bevorzugung durch unlauteres Verhalten des Empfängers gegenüber denjenigen, die Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellen oder in den geschäftlichen Verkehr bringen (Mitbewerber), erzielt werden.

Schmiergeld ist auch jeder Vorteil, den der Empfänger im Wettbewerb in Kenntnis der Absicht des Gebers fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, wobei die Umstände, die die Unlauterkeit begründen, nach der Vorstellung des Empfängers verwirklicht werden.

In den Fällen der Schmiergeldgewährung bzw. -annahme innerhalb des Wettbewerbs sind regelmäßig auch die Merkmale des allgemeinen Schmiergeldbegriffs erfüllt ¹⁾.

¹⁾ Voraussetzung für die Bejahung der Schmiergeld-eigenschaft einer Zuwendung innerhalb des Wettbewerbs ist dies jedoch nicht.

Z w e i t e r T e i l

DIE ABGRENZUNG DES SCHMIERGELDES ZU ÄHNLICHEN ERSCHEINUNGEN

Im ersten Teil der Untersuchung wurden die das Schmiergeld kennzeichnenden Merkmale herausgestellt. Aufgabe des zweiten Teils der Arbeit soll es sein, das Schmiergeld von verwandten Erscheinungsformen abzugrenzen.

1. K a p i t e l

ZUWENDUNGEN, DIE DEM SCHMIERGELD ÄHNLICH SIND, DIE
DIE MERKMALE DES SCHMIERGELDES ABER NUR BEI BESONDERER
FALLGESTALTUNG ERFÜLLEN

I. Die Angestelltenprämien

1. Prämien, die Angestellten mit Wissen oder sogar durch Vermittlung des Geschäftsinhabers von Herstellern für den Verkauf ihrer Erzeugnisse gezahlt werden ¹⁾, sind dann zum Schmiergeld zu rechnen, wenn sich die Angestellten den Mitbewerbern gegen-

¹⁾ S. o. S. 69 f.

über unlauter verhalten, d. h. wenn sie die Hersteller bevorzugen, ohne daß die Bevorzugung sachlich gerechtfertigt wäre ^{1) 2)}.

Nicht zum Schmiergeld gehören die in Kenntnis des Inhabers gezahlten Prämien aber dann, wenn kein Wettbewerbsverhältnis besteht. Das ist der Fall, wenn der Inhaber mit dem Hersteller einen Vertrag geschlossen hat, auf Grund dessen er nur die Waren seines Vertragspartners beziehen und auch nur diese verkaufen darf, so daß ein Konkurrenzverhältnis zwischen diesem Hersteller und anderen Herstellern in Bezug auf den Geschäftsinhaber nicht vorliegt ³⁾.

Die Prämiengewährung an Angestellte von derartigen Alleinvertretern soll demgemäß auch nicht den Absatz der Erzeugnisse der anderen Hersteller (Mitbewerber) bei dem Geschäftsinhaber schmälern oder sogar verhindern, sondern nur den Absatz der Ware des zuwendenden Herstellers fördern.

Nicht zum Schmiergeld zu rechnen ist daher z. B. die sog. Überprovision, die Reisebüroangestellte für den Abschluß von Gepäck- und sonstigen Reiseversicherungen durch Vermittlung des Inhabers von der Gesellschaft erhalten, deren Versicherungen das Reisebüro ausschließlich anbieten darf.

1) S. o. S. 88 ff, insbesondere S. 106 f.

2) Die übrigen Merkmale des Schmiergeldes - es handelt sich hierbei um Schmiergeld, das ausschließlich durch wettbewerbsrechtliche Merkmale (§ 12 UWG) bestimmt wird - sind unzweifelhaft erfüllt. Insbesondere verfolgen die Hersteller mit der Prämiengewährung den Zweck, den eigenen Absatz auf Kosten ihrer Mitbewerber zu steigern.

3) So zutreffend Leo aaO S. 155 f.

2. Angestelltenprämien werden auch ohne Kenntnis der Geschäftsinhaber gezahlt ¹⁾.

Da diese Prämien immer den Zweck verfolgen, den eigenen Absatz auf Kosten der Mitbewerber zu fördern, liegt ein Verstoß gegen § 12 UWG vor, wenn die Bevorzugung des zuwendenden Mitbewerbers nicht sachgerecht, d. h. nicht nach dem Prinzip des Leistungswettbewerbs gerechtfertigt und damit unlauter ist ²⁾. Die Prämien sind dann als Schmiergeld im wettbewerbsrechtlichen Sinne anzusehen.

Gleichzeitig werden aber auch die Merkmale des allgemeinen bürgerlichrechtlichen Schmiergeldes erfüllt sein. Wenn nämlich die Bevorzugung des die Prämien gewährenden Mitbewerbers nicht sachlich gerecht ist, wird auch die von ihm beabsichtigte Einflußnahme der Angestellten auf die wirtschaftliche Geschäftsführung des Inhabers - er wird entweder durch Anregungen oder Empfehlungen oder mittelbar durch bevorzugten Umsatz veranlaßt, die durch Prämien geforderte Ware einzukaufen ³⁾ - nicht sach- und interessengemäß und damit pflichtwidrig ⁴⁾ sein. Das Merkmal der Heimlichkeit ist ebenfalls erfüllt. Der Eingriff in den Interessenkreis ⁵⁾ des Inhabers (Dritten) ist darin zu sehen, daß er, wenn nicht sogar geschädigt, wenigstens doch in seiner wirtschaftlichen Gestaltungsfreiheit getroffen wird. Schließlich ist das Verhalten der Angestellten gegenüber dem Inhaber auch sittenwidrig ⁶⁾, weil sie aus

1) Darauf weist Hiersemann aaO S. 222 mit Recht hin.

2) S. o. S. 62 ff.

3) Vgl. Leo aaO S. 154.

4) S. o. S. 73 ff.

5) S. o. S. 112 ff.

6) S. o. S. 120 ff.

Eigennutz ihre Vertrauensstellung mißbrauchen, seine Interessen vernachlässigen und die des Herstellers verfolgen.

Die Angestelltenprämien fallen also, wenn sie hinter dem Rücken des Geschäftsinhabersgezahlt werden, sowohl unter den Begriff des wettbewerbsrechtlichen als auch unter den Begriff des allgemeinen bürgerlichrechtlichen Schmiergeldes.

II. Der "Taxenfall"

In diesem Zusammenhang wirft der "Taxenfall" interessante Abgrenzungsfragen auf:

Der Inhaber einer Nachtbar in Berlin¹⁾ zahlt Taxifahrern für jede erwachsene männliche Person, die auf Empfehlung des Fahrers die Bar besucht, eine "Prämie" von 10,-- DM. Der angestellte Taxifahrer T, der dies weiß, empfiehlt seinen nächtliche Unterhaltung suchenden Gästen, die von der Prämie nichts wissen, - meistens mit Erfolg - den Besuch dieser Bar.

Es handelt sich hierbei um einen Fall innerhalb des Wettbewerbs. Ziel des Barbesitzers ist, andere Inhaber von Nachtbars zu verdrängen.

Zwei Fallgestaltungen sollen unterschieden werden. Zunächst soll der Fall untersucht werden, daß der Unternehmer die Prämienzahlung kennt und billigt, und danach der Fall, daß er keine Kenntnis hat.

1) Solche Fälle kommen auch in anderen Großstädten vor.

1. Der Taxenunternehmer weiß von den Prämien und hat nichts dagegen einzuwenden, daß seine Fahrer sich auf diese Weise etwas hinzuverdienen.

Dieser Fall ähnelt den Fällen des sog. entschleierte Schmiergeldes ¹⁾. Ein Unterschied besteht insofern, als es dem Babesitzer als dem Zuwendenden nicht - wie den Herstellern in den Fällen des sog. entschleierte Schmiergeldes - darauf ankommt, durch die Prämienzahlung an die Angestellten seinen Umsatz mit den Geschäftsinhabern zu steigern und auf diese Weise seine Mitbewerber zu verdrängen, sondern er will einen Vorsprung vor seinen Mitbewerbern nur dadurch erreichen, daß ihm mehr Gäste zugeführt werden; eine Einflußnahme der Taxifahrer auf die Unternehmen benötigt er - anders als die zuwendenden Mitbewerber im "Korkengeld-", "Herdweiß-" und Chirurgiemechanikerfall" - zur Steigerung seines Absatzes nicht.

Wegen dieses Unterschieds kann § 12 UWG im "Taxenfall" auch dann keine Anwendung finden, wenn die Empfehlung der Fahrer nicht sachgerecht ist, weil es sich bei der empfohlenen Bar nicht um ein renommiertes Nachtlokal, sondern etwa um einen kleinen, abgelegenen Betrieb handelt, in dem absolut keine Unterhaltung geboten wird. Zwar wäre dann das Merkmal der Unlauterkeit gegenüber den Mitbewerbern erfüllt, die weitere Voraussetzung, daß die Zuwendung dem "Angestellten oder Beauf-

1) S. o. S. 69 ff und 88 ff.

tragten eines geschäftlichen Betriebs" ¹⁾ gegeben bzw. von ihm angenommen wird, um "bei dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen" ²⁾ eine Bevorzugung zu erlangen bzw. zu verschaffen (§§ 12 Abs. 1, Abs. 2 UWG), läge aber nicht vor. Denn diese Merkmale sind nur erfüllt, wenn der Umsatz mit dem Betrieb, dessen Angestellte die Empfänger sind, gesteigert werden soll, was im "Taxenfall", wie oben dargestellt, gerade nicht der Fall ist.

Die Prämienzahlung an die Taxifahrer unterfällt also bei dieser Fallgestaltung nicht dem wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff.

Dieses Ergebnis ändert sich auch nicht, wenn man den Fahrgast unter Außerachtlassung aller Bedenken ³⁾ anstelle des Taxenunternehmers als Dritten einsetzt. § 12 UWG wäre dann ebensowenig anwendbar, weil der Taxifahrer in diesem Fall nicht mehr "Angestellter eines geschäftlichen Betriebs" ist ⁴⁾.

Es bleibt zu erörtern, ob die Zuwendung an die Taxifahrer die Voraussetzungen des allgemeinen bürgerlichrechtlichen Schmiergeldbegriffs erfüllt.

Im Verhältnis zum Taxenunternehmer liegen die Merkmale dieses Begriffs nicht vor. Der Fahrer handelt weder heimlich noch pflichtwidrig, wenn

¹⁾ S. o. S. 21 ff (23 f).

²⁾ S. o. S. 32 ff.

³⁾ Vgl. o. S. 82 ff.

⁴⁾ S. o. S. 86 f.

der Unternehmer mit der Prämienzahlung einverstanden ist. Außerdem ist der Interessenkreis des Unternehmers nicht verletzt; er erleidet keinen vermögensmäßigen Nachteil, seine wirtschaftliche Gestaltungsfreiheit wird nicht eingeschränkt und sein Ansehen wäre allenfalls dann gefährdet, wenn man davon ausgehen müßte, daß sich jeder Fahrgast den Namen des Taxenunternehmers merkt, dessen Dienste er in Anspruch genommen hat. Davon kann jedoch im eiligen Großstadtverkehr nicht die Rede sein. Schließlich kann das Verhalten des Fahrers gegenüber dem Unternehmer auch nicht als sittenwidrig bezeichnet werden. Er handelt zwar eigennützig, vernachlässigt aber nicht die Interessen des Unternehmers.

Möglicherweise sind die Merkmale des allgemeinen bürgerlichrechtlichen Schmiergeldbegriffs im Verhältnis zum Fahrgast erfüllt.

Das würde zunächst voraussetzen, daß der Fahrgast als Dritter angesehen werden kann. Normalerweise ist das nicht der Fall. Es besteht nämlich, was Voraussetzung wäre ¹⁾, regelmäßig weder ein rechtliches noch ein tatsächliches Vertrauensverhältnis zwischen dem Fahrgast und dem Taxifahrer. In rechtliche Beziehungen tritt der Fahrgast - im Regelfall - nur zu dem Taxenunternehmer ²⁾, so daß ein auf rechtlichen Gründen beruhendes Vertrauensverhältnis zu dem Fahrer ausscheidet; ein tatsächliches Vertrauensverhältnis kommt im Hin-

1) S. o. S. 82 ff.

2) Vgl. o. S. 82 f.

blick auf die Flüchtigkeit der Beziehungen und auch deshalb nicht in Betracht, weil sich der Fahrgast nicht darauf verlassen darf, wirklich objektiv beraten zu werden ¹⁾. Er muß damit rechnen, daß ihm der Fahrer auf Grund seines persönlichen Geschmacks, freundschaftlicher Beziehungen zu Nachtlokalbesitzern oder aus sonstigen Gründen eine Bar empfiehlt, die seinen Vorstellungen und Erwartungen nicht gerecht wird.

Immerhin ist es denkbar, daß zwischen dem Fahrgast und dem Taxifahrer persönlich ein Beratungsvertrag geschlossen wird. Das könnte etwa angenommen werden, wenn der in der Stadt fremde Gast bei Antritt der Fahrt seine Vorstellungen und Wünsche genau beschreibt und darauf hinweist, daß die Fahrt für ihn nicht von Interesse sei, wenn seine Erwartungen nicht erfüllt würden.

Hier könnte der Fahrgast als Dritter eingesetzt werden. Die von dem Barbesitzer an den Fahrer gezahlte Prämie könnte allerdings auch dann nur unter der Voraussetzung Schmiergeld sein, daß die Beratung des Fahrgastes nicht sach- und interessengemäß, also pflichtwidrig ²⁾, ist und die übrigen Merkmale des allgemeinen bürgerlichrechtlichen Schmiergeldbegriffs erfüllt sind.

Das ist z. B. zu bejahen, wenn der Taxifahrer dem Fahrgast, der sich ausdrücklich den Besuch eines normalen Tanzlokals gewünscht hatte, ein "Strip-

1) Vgl. dazu oben S.83 ff.

2) S. o. S. 73 ff.

lokal" empfiehlt. In diesem Fall sind alle Merkmale des Schmiergeldes erfüllt. Der Barbesitzer bezweckt mit der Inaussichtstellung der Prämie eine ihm günstige Beeinflussung des Fahrgastes durch den Fahrer und dieser kommt den Wünschen des Barbesitzers nach ¹⁾. Die Prämienzahlung wird vor dem Fahrgast geheimgehalten ²⁾, die Einflußnahme ist pflichtwidrig und stellt sich als Eingriff in den Interessenkreis ³⁾ insofern dar, als die wirtschaftliche Gestaltungsfreiheit des Fahrgastes eingeschränkt wird. Schließlich muß das Verhalten des Taxifahrers gegenüber dem Fahrgast auch als sittenwidrig bezeichnet werden, weil er unter Vernachlässigung der Interessen des Gastes eigennützig die Interessen des ihm die Prämie zahlenden Barbesitzers verfolgt.

Als Ergebnis ist also festzustellen, daß die Zuwendung des Barbesitzers in keinem Falle dem wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff unterfällt und daß die Merkmale des allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Schmiergeldbegriffs nur dann erfüllt sind, wenn zwischen dem Taxifahrer und dem Fahrgast ein Beratungsvertrag geschlossen wird und die Auskunft des Fahrers unsachgemäß ist und den Interessen des Fahrgastes nicht entspricht.

2. Gegenstand der Untersuchung soll nunmehr die Fallgestaltung sein, in der der Taxenunternehmer

¹⁾ S. o. S. 38 ff.

²⁾ S. o. S. 65 ff.

³⁾ S. o. S. 110 ff.

⁴⁾ S. o. S. 120 ff.

von der Prämienzahlung an seinen Fahrer keine Kenntnis hat.

Die Voraussetzungen des wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriffs liegen auch in diesem Fall aus den bei der Erörterung der ersten Fallgestaltung dargestellten Gründen ¹⁾ nicht vor. Der Barbesitzer will seinen Absatz nicht dadurch steigern, daß seine Geschäftsbeziehungen zu dem Taxenunternehmer, dessen Angestellter der Empfänger der Zuwendung ist, erweitert werden. Gerade das setzt § 12 UWG aber voraus.

Die Merkmale des allgemeinen bürgerlichrechtlichen Schmiergeldbegriffs sind im Verhältnis zum Taxenunternehmer nicht erfüllt. Es fehlt schon an einem pflichtwidrigen Verhalten des Taxifahrers ihm gegenüber. Sein Dienstvertrag verbietet ihm nur, Zuwendungen anzunehmen, die dem Gebenden Vorteile in den Geschäftsbeziehungen mit seinem Dienstherrn verschaffen sollen. Darum geht es aber dem Besitzer der Nachtbar nicht. Ihm kommt es nur darauf an, daß seiner Bar Gäste zugeführt werden.

Bezüglich der Schmiergeldeigenschaft der Prämie im Verhältnis zu dem Fahrgast als Drittem kann auf das zur ersten Fallgestaltung Gesagte ²⁾ verwiesen werden, weil insoweit kein Unterschied festzustellen ist.

1) S. o. S. 144 f.

2) S. o. S. 145 ff.

Die Prämie ist also dann Schmiergeld, wenn der Fahrgast auf Grund eines mit dem Fahrer persönlich geschlossenen Beratungsvertrags als Dritter anzusehen ist und der Fahrer eine sach- und interessenwidrige Empfehlung ausspricht.

III. Das sog. Schweigegeld

1. Unter Schweigegeld wird nach allgemeiner Ansicht eine Zuwendung für die Nichtanzeige einer Straftat oder die Verheimlichung einer unerlaubten oder sonstwie ehrenrührigen oder anstößigen Handlung oder Unterlassung des Gebers verstanden ¹⁾.

Begrifflich setzt das Schweigegeld nur die Beteiligung von zwei Personen voraus. Schweigegeld ist also z. B. die Zuwendung, die der vom Eigentümer entdeckte Dieb diesem macht, um ihn von der Erstattung einer Strafanzeige abzuhalten.

Die Merkmale des Schweigegeldes können aber auch erfüllt sein, wenn drei (oder mehr) Beteiligte vorhanden sind ²⁾. Das ist z. B. der Fall, wenn der Schädiger einen Zeugen durch Gewährung finanzieller Vorteile veranlaßt, seine Wahrnehmungen zu verschweigen oder wenn der Vater eines nichtehelichen Kindes die Mutter durch Zuwendung eines angemessenen Geldbetrags dazu bringt, ihre beiderseitigen Beziehungen nicht bekanntzugeben ³⁾.

¹⁾ Z. B. Enneccerus-Nipperdey aaO § 191 Fn. 7, 55; Staudinger-Coing aaO § 138 Rdnr. 18 vv; s. auch RGZ 58, 204 ff; BAG AP § 138 BGB Nr. 27.

²⁾ Z. B. Staudinger-Coing aaO § 138 Rdnr. 18 vv.

³⁾ Vgl. OLG München JW 1922, 628.

2. Schmiergeldeigenschaft kann das Schweigegeld nur haben, wenn wenigstens drei Personen an dem Vorgang beteiligt sind. Beschränkt sich der Kreis der Beteiligten auf zwei Personen, fehlt die das Schmiergeld kennzeichnende Beeinflussung des Dritten auf dem Umweg über die Person des Zuwendungsempfängers ¹⁾.

Von den Fällen, in denen eine dritte Person durch die Zahlung des Schweigegeldes betroffen ist, sind nach der Aufgabenstellung diejenigen auszusondern, in denen der erstrebte Vorteil nicht auf geschäftlichem, sondern auf persönlichem, wissenschaftlichem, politischem oder allgemein wirtschaftlichem Gebiet liegt ²⁾.

Die oben ³⁾ angeführten Beispiele, in denen es um persönliche bzw. allgemein wirtschaftliche Vorteile geht, sind daher aus der Untersuchung auszuklammern. Nun wird zwar Schweigegeld in der Regel gezahlt, um persönliche Vorteile, insbesondere die Nichtanzeige von Straftaten, zu erreichen, es ist aber auch vorstellbar, daß der Zuwendende mit dem Schweigegeld auf geschäftlichem Gebiet liegende Vorteile anstrebt.

a) Dies war beispielsweise in einem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Rechtsstreit ⁴⁾ nach dem - nicht bewiesenen-Vorbringen des Beklagten der Fall.

¹⁾ S. o. S. 11.

²⁾ S. o. S. 2 f. Eine andere Frage ist, ob diese Fälle eventuell einem erweiterten Schmiergeldbegriff zugeordnet werden können.

³⁾ S. 150 unter III 1.

⁴⁾ BAG AP § 138 BGB Nr. 27.

Die Klägerin, eine Fabrik für Verpackungsmaterial, verlangte von dem Beklagten, der als Buchhalter bei ihr beschäftigt gewesen war, die Erstattung der vom Beklagten seit Jahren aus dem Betrieb der Klägerin entnommenen Beträge. Der Beklagte war deshalb wegen Untreue bestraft worden. In dem Arbeitsgerichtsprozeß wandte er gegen die Erstattungsforderung ein, der Geschäftsführer der Klägerin habe ihm die Entnahme der Beträge gestattet, um damit sein, des Beklagten, Stillschweigen u. a. über unredliche Machenschaften gegenüber Vertretern zu erkaufen.

Der von dem Geschäftsführer der Klägerin erstrebte Vorteil liegt in diesem Fall - nach dem Vorbringen des Beklagten -, falls die "unredlichen Machenschaften" einen Straftatbestand erfüllen und der Geschäftsführer einer Bestrafung entgehen will, auf persönlichem, gleichzeitig aber auch auf geschäftlichem Gebiet. Zweck der Zuwendung ist es nämlich offensichtlich vor allem, zu verhindern, daß die Vertreter Kenntnis von den sie benachteiligenden "Machenschaften" erlangen und Provisionen nachfordern oder Ersatzansprüche geltend machen.

Das so von dem Beklagten beschriebene Schweigegeld erfüllt aber dennoch nicht die Voraussetzungen des wettbewerbsrechtlichen oder allgemeinen bürgerlichrechtlichen Schmiergeldbegriffs.

Der wettbewerbsrechtliche Schmiergeldbegriff ist nicht erfüllt, weil das Schweigegeld nicht im Rahmen eines Wettbewerbsverhältnisses zur Verdrängung von Mitbewerbern gegeben wird. Die Merkmale des allgemeinen bürgerlichrechtlichen Schmiergeldbegriffs liegen nicht vor, weil die Vertreter

nicht als Dritte angesehen werden können und der beklagte Buchhalter ihnen gegenüber nicht pflichtwidrig handelt. Zwischen dem Buchhalter und den Vertretern besteht weder ein rechtliches noch ein tatsächliches Vertrauensverhältnis, kraft dessen er auf die wirtschaftliche Geschäftsführung der Vertreter Einfluß nehmen könnte ¹⁾; zu seinem Aufgabenbereich gehört nämlich schon nicht die Entscheidung über die Höhe der den Vertretern zustehenden Provisionen, sondern nur die Verbuchung der festgesetzten Beträge und allenfalls noch ihre Auszahlung. Aus diesem Grunde kann der Buchhalter, indem er etwaige Unregelmäßigkeiten des Geschäftsführers verschweigt, auch nicht unter Verstoß gegen Rechts- oder Anstandspflichten gegenüber den Vertretern sach- und interessenwidrig, also pflichtwidrig ²⁾, auf sie Einfluß nehmen.

b) Wenn in diesem Fall das Schweigegeld auch nicht als Schmiergeld anzusehen ist, obwohl es - nach dem Vorbringen des Beklagten- auf geschäftlichem Gebiet liegt, so ist damit nicht gesagt, daß Schweigegeld niemals Schmiergeld sein kann.

Bildet man den vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall nämlich so um, daß die Vertreter dem Buchhalter, der bemerkt hat, daß die Vertreter eine durch irgendwelche Manipulationen überhöhte Provision fordern und erhalten, Zuwendungen machen, um sein Schweigen zu erkaufen und damit weiterhin

1) Vgl. oben S. 59 f.

2) S. o. S. 73 ff, insbesondere S. 108 ff.

im Genuß des höheren Einkommens zu bleiben, sind die Merkmale des allgemeinen bürgerlichrechtlichen Schmiergeldbegriffs erfüllt.

Die Vertreter bezwecken mit der Zuwendung eine ihnen günstige Beeinflussung der Geschäftsführung durch den Buchhalter und dieser entspricht ihren Wünschen oder erklärt sich jedenfalls dazu bereit ¹⁾. Der Umstand, daß die Einflußnahme nicht durch positives Tun, sondern durch Unterlassen bewirkt werden soll, ist hierbei unerheblich, weil beide Formen des Handelns, insbesondere im Hinblick auf die in beiden Fällen übereinstimmenden Auswirkungen, wie auch sonst im Recht gleichwertig sind. Die Gewährung des Schweigegeldes wird außerdem vor der Geschäftsleitung geheimgehalten ²⁾ und der Buchhalter verstößt, indem er seine Entdeckung verschweigt, gegen seine vertragliche Verpflichtung, die Interessen des Unternehmers zu verfolgen, er handelt also pflichtwidrig ³⁾. Gleichzeitig liegt in der Einflußnahme des Buchhalters insofern ein Eingriff in den Interessenkreis des Unternehmers, als dieser geschädigt wird ⁴⁾. Schließlich ist das Verhalten des Buchhalters auch sittenwidrig ⁵⁾, weil er aus Eigennutz die Interessen der das Schweigegeld zahlenden Vertreter verfolgt und die Interessen seines Arbeitgebers außer acht läßt.

1) S. o. S. 38 ff.

2) S. o. S. 65 ff.

3) S. o. S. 73 ff.

4) S. o. S. 110 ff.

5) S. o. S. 120 ff.

3. Zusammenfassend ergibt sich also, daß Schweigegeld nicht in jedem Fall als Schmiergeld angesehen werden kann, daß es vielmehr darauf ankommt, ob dessen Merkmale im Einzelfall erfüllt sind.

2. K a p i t e l

ZUWENDUNGEN, DIE IN KEINEM FALL SCHMIERGELD SIND

Nicht zum Schmiergeld gerechnet werden können, das läßt sich allgemein sagen, alle Zuwendungen, die eines der herausgearbeiteten Merkmale des wettbewerbsrechtlichen oder des allgemeinen bürgerlichrechtlichen Schmiergeldbegriffs nicht erfüllen.

I. Zuwendungen an den Geschäftspartner

Diese Züwendungen fallen nicht unter den allgemeinen bürgerlichrechtlichen Schmiergeldbegriff, weil bei ihnen die beabsichtigte Einflußnahme auf den Geschäftspartner direkt und nicht auf dem Umweg über die Person des Empfängers, also desjenigen, der auf die wirtschaftliche Geschäftsführung des Geschäftspartners einen auf rechtlichen Gründen oder tatsächlichem Vertrauen beruhenden Einfluß hat ¹⁾, eintritt ²⁾.

Die Zuwendungen erfüllen auch nicht die Merkmale des wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriffs, weil § 12 UWG voraussetzt, daß die Vorteile einem

1) S. o. S. 20 f.

2) S. o. S. 11.

"Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs" ¹⁾ gewährt werden.

II. Nachträgliche Zuwendungen

Eine nachträgliche Zuwendung kann kein Schmiergeld sein, weil dieses sowohl innerhalb als auch außerhalb des Wettbewerbs "zum Zwecke" einer Bevorzugung, also um einer zukünftigen Bevorzugung willen, gegeben wird ²⁾.

Ein zeitlich nach Abschluß des Geschäfts gewährter Vorteil ist aber keine nachträgliche Zuwendung in diesem Sinne, wenn er entweder vor Geschäftsabschluß in Aussicht gestellt war ³⁾ oder eine Bevorzugung bei nachfolgenden Geschäften sichern soll ⁴⁾. Denn in beiden Fällen wird eine zukünftige Bevorzugung angestrebt.

III. Zuwendungen an das Verkaufspersonal

von Alleinvertretern von Seiten des allein lieferungs-
berechtigten Herstellers

Derartige Zuwendungen sind nur in Fällen innerhalb des Wettbewerbs denkbar, wenn ein Geschäftsinhaber

¹⁾ S. o. S. 21 ff.

²⁾ S. o. S. 38 ff (außerhalb des Wettbewerbs), S. 40 ff (innerhalb des Wettbewerbs). Für § 12 UWG s. BGH WRP 1968, 292 (293); Spengler aaO MA 1953, 96; Tillmann aaO S. 4; Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr.9.

³⁾ Das Inaussichtstellen steht dem Gewähren gleich. S. o. S. 24 ff, 28.

⁴⁾ Z. B. Schlegelberger-Schröder aaO § 59 Rdnr. 42; vgl. auch Nikisch aaO S. 457; Certmann, Der junge Rechtsgelehrte, S. 51; ders., Deutsches Arbeitsvertragsrecht, S. 198.

auf Grund eines vertraglichen oder gesetzlichen ¹⁾ Wettbewerbsverbots nur die Waren eines Herstellers beziehen und auch nur diese verkaufen darf. Zuwendungen des Herstellers an das Verkaufspersonal in der Form von sog. Angestellten- oder Verkäuferprämien erfüllen in diesen Fällen die Merkmale des wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriffs nicht, weil auf Grund der ausschließlichen Bezugsbindung des Geschäftsinhabers ein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem die Verkäuferprämien gewährenden Hersteller und anderen Mitbewerbern nicht besteht und es damit an einem Handeln "zu Zwecken des Wettbewerbs" ²⁾ fehlt ³⁾.

IV. Innerhalb des Wettbewerbs: Zuwendungen an Angestellte von Privatleuten und an hoheitlich Tätige

Solche Zuwendungen fallen nicht unter den wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff, weil § 12 UWG voraussetzt, daß Empfänger der Zuwendung ein Angestellter oder Beauftragter eines "geschäftlichen Betriebs" ist. Im Gegensatz zu dem geschäftlichen Betrieb stehen aber einerseits Ämter und Behörden und andererseits Privatleute ⁴⁾.

Eine andere Frage ist, ob durch Zuwendungen an Privatangestellte § 1 UWG ⁵⁾ bzw. ob durch Zuwendungen an Hoheitsträger die §§ 331 ff StGB verletzt werden.

1) S. dazu Leo aaO S. 156 Fn. 21.

2) S. o. S. 40 ff.

3) So zutreffend Leo aaO S. 155 f; zur Frage, ob in diesen Fällen ein Verstoß gegen § 1 UWG vorliegt, ders., aaO S. 156 f.

4) S. o. S. 23 f.

5) Näheres dazu s. bei Belger aaO S. 54 f mit weit. Nachw.; Spengler aaO MA 1953, 96 f; Baumbach-Hefermehl aaO Rdnr. 2 vor § 12 UWG.

3. K a p i t e l

ZUWENDUNGEN, DIE IN DER REGEL KEIN SCHMIERGELD
SIND, DIE ABER ZU SCHMIERGELD WERDEN KÖNNEN

I. Die Zugabe

1. Nach § 1 der Zugabeverordnung ¹⁾ ist es grundsätzlich verboten, im geschäftlichen Verkehr neben einer Ware oder Leistung eine Zugabe (Ware oder Leistung), die unentgeltlich oder für ein Scheinentgelt abgegeben wird, anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren oder zur Verschleierung der Zugabe eine Ware oder Leistung mit einer anderen Ware oder Leistung zu einem Gesamtpreis anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren.

Über den Begriff der Zugabe besteht Einigkeit. Zugabe ist die Zuwendung einer Ware oder Leistung, die von der Hauptware bzw. -leistung unterscheidbar ist, deren Gewährung von einem entgeltlichen Hauptgeschäft abhängig ist, und die, sei es auch nur scheinbar, unentgeltlich erfolgt ²⁾. Nicht erforderlich ist, daß die Zugabe gleichzeitig mit der gekauften Ware geliefert wird. Der durch das Merkmal "neben einer Ware" von § 1 Abs. 1 S. 1 ZugabeVO geforderte Zusammenhang ist schon dann

¹⁾ Vom 9. März 1932 (RGBl I 121) in der Fassung vom 25. 6. 1969 (BGBl I 645).

²⁾ Z. B. Borck, Zur Bedeutung und Begrenzung des Begriffs "Zugabe", WRP 1970, 296 ff, 338 ff (297 mit weit. Nachw.); Tetzner, Recht und Unrecht der Zugabe, S. 19 ff mit weit. Nachw.

hergestellt, wenn die Gewährung der Zugabe in äußerlich erkennbarer Weise Beziehung zu einer Hauptware hat, so daß Haupt- und Nebenleistung nicht räumlich und zeitlich zusammenfallen müssen ¹⁾.

Die Frage, wann eine Zugabe im einzelnen gegen § 1 ZugabeVO verstößt oder nicht und damit unzulässig oder zulässig ist, soll hier nicht untersucht werden ²⁾. Für die Abgrenzung der Zugabe zum Schmiergeld kommt es auf diese Unterscheidung nicht an, weil sowohl die zulässige als auch die unzulässige Zugabe zum Schmiergeld werden kann ³⁾.

Zu unterscheiden ist allerdings im Hinblick auf die unterschiedlichen Merkmale des wettbewerbsrechtlichen und des allgemeinen bürgerlichrechtlichen Schmiergeldbegriffs zwischen Zugaben, die - i. S. des Schmiergeldbegriffs - innerhalb und außerhalb des Wettbewerbs gewährt werden. Beide Fälle sind denkbar. Der erste liegt beispielsweise vor, wenn der Hersteller dem Groß- oder Einzelhändler, der zweite, wenn der Einzelhändler dem Verbraucher Zugaben gewährt.

2. Begrifflich ist die Zugabe kein Schmiergeld. Da sie nämlich im Zusammenhang mit dem Hauptgeschäft eingeräumt wird, ist derjenige, der sie erhält,

¹⁾ RGZ 149, 242 ff; BGHZ 11, 286 = NJW 1954, 475 = GRUR 1954, 167; s. auch v. Burchard, Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Werbegeschenks, GRUR 1956, 163 ff (164); Tetzner aaO S. 20; Spengler aaO MA 1953, 97.

²⁾ S. dazu Borck aaO S. 296 ff und 338 ff mit weit. Nachw.; Baumbach-Hefermehl aaO § 1 ZugabeVO Rdnr. 62 ff; zur Frage der Abgrenzung der Zugabe zum Werbegeschenk s. v. Burchard aaO S. 164 ff; Spengler aaO MA 1953, 97 ff.

³⁾ v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 5; s. auch Elster aaO § 12 UWG Anm. 4 b; Belger aaO S. 8, 16; Spengler aaO MA 1953, 96; Hippel, Schmiergelderunwesen und Zugaben, AWR 1935, 88.

auch der Vertragspartner. Es fehlt also eine für die Bejahung der Schmiergeldeigenschaft einer Zuwendung wesentliche Voraussetzung, die Hingabe des Vorteils an eine für den Vertragspartner tätige Person, den Angestellten¹⁾. Schließt ein Angestellter in Vertretung seines Geschäftsherrn den Vertrag und wird ihm die Zugabe bei dieser Gelegenheit übergeben, ist es nicht anders. Denn auch dann wird die Zugabe dem Geschäftspartner gewährt.

Es sind aber Grenzfälle vorstellbar, in denen der Angestellte eine Zuwendung, die zunächst als Zugabe gedacht war, persönlich erhält. Ist dies der Fall, kann aus der Zugabe Schmiergeld werden.

Ein Beispiel, der "Schreibmaschinenfarbbänderfall"²⁾, soll dies verdeutlichen:

Anfang der fünfziger Jahre gingen einige Hersteller von Schreibmaschinenfarbbändern dazu über, ihre Farbbänder nicht in der handelsüblichen Verpackung, sondern als Kollektion in einem Schmuckkasten oder in einem Kulturbeutel an die Händler abzugeben, wobei die Verpackung nicht besonders berechnet wurde.

Von einer Zugabe im Rechtssinne kann hier nur gesprochen werden, wenn die Schmuckkästen bzw. die Kulturbeutel endgültig in die Hand des Verbrauchers³⁾ oder des Einzelhändlers gelangten. Denn nur dann bestand der erforderliche Zusammenhang zwischen der

1) S. o. S. 156f.

2) Beschluß des LG Düsseldorf v. 23.10.1952 (4 Q 54/52) - zitiert nach Spengler aaO MA 1953, 96.

3) Was die Hersteller wohl beabsichtigt hatten.

Gewährung des zusätzlichen Vorteils, hier der Schmuckkasten oder Kulturbeutel, und dem Hauptgeschäft, dem Kauf der Farbbänder.

Bildet man das Beispiel so um, daß die Hersteller entgegen ihrer ursprünglichen Absicht, die Schmuckkästen und Kulturbeutel dem Endverbraucher zukommen zu lassen, nunmehr diese Gegenstände den Verkaufangestellten zuwenden wollen, um auf diese Weise einen Anreiz für einen bevorzugten Verkauf ihrer Farbbänder zu schaffen, ist aus der ursprünglichen Zugabe Schmiergeld geworden, wenn dessen Merkmale insgesamt erfüllt sind.

Das ist z. B. zu bejahen, wenn die angestrebte Bevorzugung, die Steigerung des eigenen Absatzes auf Kosten der Mitbewerber, nicht sachgerecht, d. h. nicht nach dem Prinzip des Leistungswettbewerbs gerechtfertigt ist, weil die Farbbänder etwa qualitativ minderwertig sind. In diesem Fall liegen alle Merkmale des wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriffs vor, insbesondere auch das - hier allein problematische - der Unlauterkeit des Angestellten gegenüber den Mitbewerbern.

Zugaben können aber nicht nur zu Schmiergeld im wettbewerbsrechtlichen Sinne, sondern auch zu Schmiergeld im allgemein bürgerlichrechtlichen Sinne werden.

Das zeigt sich, wenn man den "Schreibmaschinenfarbbänderfall" ¹⁾ folgendermaßen ergänzt:

1) S. o. S. 161.

Der Einzelhändler X, dem ebenfalls die besonders verpackten Farbbänder geliefert worden sind, veranlaßt die Freundin Y des Junggesellen Z, die ihn bei seinen Einkäufen regelmäßig begleitet, durch einen von Z nicht bemerkten Hinweis auf ein Schmuckkästchen dazu, dem Z den Kauf einer ganzen Kollektion von Farbbändern schmackhaft zu machen, obwohl der Z, was die Y weiß, nur ein einziges kaufen wollte, das seinen Bedarf schon auf Jahre hinaus gedeckt hätte.

Das Schmuckkästchen, ursprünglich als Zugabe gedacht, wird hier zum Schmiergeld. Es kann kein Zweifel daran bestehen, daß die Voraussetzungen des allgemeinen bürgerlichrechtlichen Schmiergeldbegriffs erfüllt sind. Der X will durch die Inaussichtstellung des Schmuckkästchens eine ihm günstige Beeinflussung des Z durch die Y erreichen ¹⁾. Die Freundin geht darauf ein ²⁾, verheimlicht ³⁾ dem Z den wahren Grund ihres Drängens und handelt, indem sie ihn unter der Verletzung von Anstandspflichten sach- und interessenwidrig berät, pflichtwidrig ⁴⁾. Gleichzeitig liegt in der Einflußnahme auf den Z ein Eingriff in seinen Interessenkreis, nämlich in seine wirtschaftliche Gestaltungsfreiheit ⁵⁾. Schließlich ist ihr Verhalten auch als sittenwidrig ⁶⁾ zu bezeichnen, weil sie aus Eigennutz die Interessen des Händlers verfolgt und die ihres Freundes außer acht läßt.

1) S. o. S. 38 ff.

2) S. o. S. 38 ff, 39.

3) S. o. S. 65 ff.

4) S. o. S. 73 ff.

5) S. o. S. 110 ff.

6) S. o. S. 120 ff.

3. Als Ergebnis ist festzustellen, daß Zugaben und Schmiergeld begrifflich streng zu trennen sind. Eine Zugabe im Rechtssinne kann niemals gleichzeitig Schmiergeld sein ¹⁾, weil dann, wenn sie als Bestechungsmittel verwendet wird, das wesentliche Kennzeichen der Zugabe, der Zusammenhang zwischen Haupt- und Nebenleistung, fehlt ²⁾. Erhält jedoch - in Grenzfällen - ein Angestellter (im weitesten Sinne) eine ursprünglich als Zugabe gedachte Zuwendung, kann die Zugabe zum Schmiergeld werden, wenn die Voraussetzungen des wettbewerbsrechtlichen oder des allgemeinen bürgerlichrechtlichen Schmiergeldbegriffs erfüllt sind ³⁾.

II. Die Provision

1. Provision ist die in einem bestimmten Prozentsatz zu bemessende Beteiligung an dem Wert eines einzelnen abgeschlossenen oder vermittelten Geschäfts ⁴⁾.

Provision erhalten selbständige Kaufleute, wie z. B. der Handelsvertreter (§ 87 HGB) oder der Kommissionär (§ 396 HGB), aber auch im Verkauf tätige Angestellte, häufig als Teil des Gehalts neben einer Garantiesumme. Der Kreis derjenigen, die Provisionen erhalten oder zahlen können, ist jedoch nicht auf diese Personen begrenzt. Da der Begriff in dieser Hinsicht keine einschränkenden

¹⁾ So auch Belger aaO S. 110.

²⁾ S. o. S. 160 f (unter 2.).

³⁾ S. o. S. 161 ff.

⁴⁾ Z. B. J. v. Gierke, Handels- und Schifffahrtsrecht, S. 142, 155; Palandt-Putzo aaO § 611 Anm. 7 c.

Merkmale enthält, kann praktisch jeder an jeden für den Abschluß oder die Vermittlung eines Geschäfts eine Provision zahlen.

Der auch im übrigen weite Anwendungsbereich des Provisionsbegriffs macht es verständlich, daß "Provision" häufig nur eine andere Bezeichnung für Schmiergeld ist ¹⁾, wie z. B. im "Hauskauf-fall" ²⁾.

2. Sichere Abgrenzungskriterien vom Provisionsbegriff her sind nicht zu erkennen. Die Abgrenzung muß daher vom Schmiergeldbegriff her erfolgen.

Danach können Provisionszahlungen an selbständige Kaufleute, weil hier eine gegebenenfalls beabsichtigte Einflußnahme direkt erfolgt ³⁾, niemals Schmiergeld sein. Gleiches gilt für die Provisionen, die Angestellte von dem Geschäftsinhaber als Teil des Gehalts ausgezahlt bekommen, weil diese Zuwendungen reinen Entgeltcharakter haben.

Im übrigen kann jede als Provision deklarierte Zuwendung dann Schmiergeld sein, wenn die Merkmale des wettbewerbsrechtlichen oder des allgemeinen bürgerlichrechtlichen Schmiergeldbegriffs erfüllt sind; umgekehrt liegt dann kein Schmiergeld vor, wenn eines der Merkmale fehlt.

1) Darauf weisen Schemmel aaO S. 2 und Delius aaO S. 282 zutreffend hin.

2) S. o. S. 6.

3) S. o. S. 156 f.

III. Die Werbegeschenke

1. Der Begriff des Werbegeschenks ¹⁾ ist sehr umfassend. Man versteht darunter entsprechend dem Wortsinn die Werbung durch oder mit Geschenken. Der Umworbene soll auf ein Erzeugnis, eine Ware oder Leistung dadurch aufmerksam gemacht oder für sie interessiert werden, daß ihm unentgeltliche Zuwendungen gewährt oder versprochen werden. Entscheidende Kriterien sind einerseits die Unentgeltlichkeit und andererseits die Verfolgung von Werbezwecken durch den Geber. Anders als das Geschenk im bürgerlichrechtlichen Sinne (§ 516 BGB) wird das Werbegeschenk niemals aus Altruismus gegeben ²⁾. Der Geber will durch die Zuwendung auch keine Entreichung seines Vermögens herbeiführen, sondern durch erhöhten Umsatz eine Vermehrung seines Vermögens bewirken. Dennoch wird das Werbegeschenk unentgeltlich, als Leistung, auf die der Empfänger keinen Rechtsanspruch hat, gewährt ³⁾.

Im einzelnen fallen unter den Begriff des Werbegeschenks die Warenprobe, der Rabatt, Erinnerungs-, Fest- und Jubiläumsgeschenke, Reklamegegenstände, Preisausschreiben, Auslosungen, die Bewirtung von Angestellten und mit dem Umsatz gekoppelte Geld-

¹⁾ S. dazu die grundlegende Arbeit von Belger aaO S. 4 ff mit weit. Nachw.

²⁾ Vgl. Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 472.

³⁾ Belger aaO S. 10.

1)
geschenke .

Ein näheres Eingehen auf die vielfältigen Erscheinungsformen des Werbegeschenks ²⁾ erübrigt sich einerseits, weil sie ohne weiteres verständliche Tatbestände erfassen und andererseits, weil ihre Einordnung als Werbegeschenke bereits eine sichere Grundlage für die Abgrenzung zum Schmiergeld bietet.

2. Es besteht Einigkeit darüber, daß Werbegeschenke zum Schmiergeld werden können ³⁾. Die Abgrenzung kann wegen der Vielschichtigkeit des Begriffs des Werbegeschenks und, weil es regelmäßig zu Wettbewerbszwecken gegeben wird, nur vom Schmiergeldbegriff her erfolgen.

Nach Belger ⁴⁾ liegt ein zulässiges Werbegeschenk, also kein Schmiergeld, nur dann vor, wenn kein Zu-

1) Belger aaO S. 12 ff; Belger rechnet auch die Zugabe zu den Werbegeschenken. Ob ihm hierin zu folgen ist oder nicht, was ich eher annehmen möchte, ist für die Frage der Abgrenzung zum Schmiergeld unerheblich. Jedenfalls ist die besondere Behandlung der Zugabe gerechtfertigt. Belger selbst (aaO S. 15 f) hält nämlich die Einbeziehung der Zugabe in den Bereich der Werbegeschenke für zweifelhaft, weil die Kosten der Zugabe auf den Preis der gekauften Hauptware aufgeschlagen sein könnten und damit das Merkmal der Unentgeltlichkeit fehlen würde. Außerdem besteht ein wesentlicher Unterschied darin, daß die Zugabe ausschließlich neben der Hauptsache gewährt wird, während beim Werbegeschenk völlig offen bleibt, ob der Empfänger jemals eine Hauptsache beziehen wird. Deshalb trennen Rechtsprechung und Literatur die Begriffe Werbegeschenk (Werbegabe) und Zugabe streng (z. B. BGH GRUR 1959, 545; Borck aaO S. 338 f mit weit. Nachw.; v. Burchard aaO S. 165 f; Spengler aaO MA 1953, 97 f; Baumbach-Hefermehl aaO § 1 ZugabeVO Rdnr. 35).

2) S. dazu Belger aaO S. 12 ff.

3) Z. B. Belger aaO S. 11; Spengler aaO MA 1953, 96; Geerds, Unrechtsgehalt, S. 80 f.

4) AaO S. 65 f.

sammenhang zwischen der Zuwendung und der erstrebten Bevorzugung besteht oder dieser Zusammenhang zwar gegeben ist, der Angestellte aber nicht mit Rücksicht auf den ihm zugewandten Vorteil, also nicht unlauter handeln soll.

Diese Abgrenzung ist für einen Teil der denkbaren Fälle zutreffend. In der ersten Alternative wird die Zuwendung nicht zum Zwecke der Bevorzugung des Gebers eingesetzt ¹⁾, und in der zweiten Alternative fehlt es an der für den wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff erforderlichen Unlauterkeit des Angestellten gegenüber den Mitbewerbern ²⁾.

Belgers Abgrenzung betrifft allerdings nur die Fälle, in denen das Werbegeschenk an Angestellte oder Beauftragte eines "geschäftlichen Betriebs" abgegeben wird. Das ist verständlich, weil Belger nach seiner Aufgabenstellung nur die Grenze zwischen den nach § 12 UWG unzulässigen und den nach dieser Vorschrift zulässigen Werbegeschenken ziehen will.

Erhält der Angestellte eines Privatkunden ³⁾ das Werbegeschenk, was im täglichen Leben ebenfalls häufig vorkommt, sind - im Hinblick auf die unterschiedlichen Merkmale des allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Schmiergeldbegriffs - zum Teil andere Kriterien maßgebend. Von einem Werbegeschenk, das nicht Schmiergeld ist, kann hier gesprochen werden,

¹⁾ S. o. S. 45 ff.

²⁾ S. o. S. 62 ff.

³⁾ Also jemand, der für den privaten Geschäftspartner auf Grund eines rechtlichen oder tatsächlichen Vertrauensverhältnisses tätig ist und die Möglichkeit der Einflußnahme hat.

wenn kein Zusammenhang zwischen der Zuwendung und der erstrebten Bevorzugung besteht, oder dieser Zusammenhang zwar gegeben ist, der Angestellte¹⁾ aber die Zuwendung nicht vor dem Geschäftsherrn (Dritten) verheimlicht bzw. nicht verheimlichen soll oder nicht durch pflicht- oder sittenwidrige Einflußnahme in seinen Interessenskreis eingreift bzw. eingreifen soll²⁾.

Grenzt man umgekehrt das Schmiergeld vom Werbebeschenk ab, ergibt sich folgendes:

Ein Werbebeschenk kann generell niemals Schmiergeld sein, wenn es dem Geschäftsinhaber oder dem privaten Vertragspartner persönlich gewährt wird³⁾. Erhält es jedoch ein Angestellter, also jemand, der für den Inhaber oder privaten Geschäftspartner auf Grund eines rechtlichen oder tatsächlichen Vertrauensverhältnisses tätig ist und die Möglichkeit der Einflußnahme hat, kann das Werbebeschenk zu Schmiergeld werden, wenn die Merkmale des wettbewerbsrechtlichen oder allgemeinen bürgerlichrechtlichen Schmiergeldbegriffs erfüllt sind.

IV. Das Trinkgeld und sonstige harmlose Zuwendungen

1. Trinkgeld wird im täglichen Leben für Dienstleistungen oder als Anerkennung für Gefälligkeiten

1) S. o. S. 168 Fn. 3.

2) Zu den einzelnen Merkmalen s. o. S. 126 ff, 133 f.

3) S. o. S. 156 f.

gegeben. Die Handlungen, für die es gegeben wird, beziehen sich fast nie auf die Angelegenheiten eines Dritten, sondern betreffen regelmäßig nur den Gebenden und den Empfänger¹⁾. Zutreffend bemerkt R. v. Ihering²⁾: "Unter Trinkgeld verstehen wir eine rechtlich nicht zu beanspruchende Vergütung für eine Dienstleistung".

Als "sonstige harmlose Zuwendungen" sollen hier diejenigen Vorteile verstanden werden, die nach dem allgemeinen Sprachgebrauch, etwa wegen ihrer Höhe, nicht (mehr) zum Trinkgeld gehören und die auch nicht als Zugabe, Provision oder Werbebeschenk angesehen werden können, also beispielsweise Gelegenheitsgeschenke und immaterielle Vorteile³⁾.

2. In Rechtsprechung und Literatur besteht Einigkeit darüber, daß Trinkgelder und sonstige harmlose Zuwendungen nicht zum Schmiergeld zu rechnen sind⁴⁾, daß sie aber zum Schmiergeld werden können⁵⁾. Über die Kriterien, nach denen die Abgrenzung vorzunehmen ist, herrscht allerdings Unklarheit.

Im einzelnen werden folgende Ansichten vertreten:

- a) Im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte des

¹⁾ Kontze aaO S. 59.

²⁾ Zitiert nach Kontze aaO S. 59.

³⁾ S. o. S. 16 ff.

⁴⁾ Z. B. RG JW 1925, 486; RG JW 1935, 1861; Isele, Schmiergeldannahme als Eingriffserwerb, RdA 1962, 52 (53); Riese aaO S. 774; Nikisch aaO S. 457; Soergel-Siebert-Mühl aaO § 667 Rdnr. 7.

⁵⁾ Z. B. Kontze aaO S. 60.

§ 12 UWG, aus der sich ergibt, daß das Merkmal der Unlauterkeit den Tatbestand des § 12 UWG von den allerseits als unbedenklich bezeichneten Gefälligkeiten und ähnlichen Zuwendungen trennen sollte ¹⁾, klammert ein Teil der Rechtsprechung und Literatur ²⁾ "die harmlosen und nicht anfechtbaren Geschenke zur Förderung des Warenumsatzes und glatten Erledigung der Geschäfte" aus dem Schmiergeldbegriff aus.

b) Nach einer anderen Ansicht unterscheiden sich Schmiergelder und Trinkgelder bzw. Gelegenheitsgeschenke dadurch, daß letztere nur "mit Rücksicht auf die Geschäftsüblichkeit gegeben werden und in keiner Beziehung zu einer erstrebten Bevorzugung stehen" ³⁾.

Gelegentlich wird dieses Abgrenzungskriterium auch mit dem unter a) wiedergegebenen kombiniert ⁴⁾.

c) Andere stellen allein auf die Üblichkeit ab ⁵⁾. Sie zählen "übliche" Trinkgelder und den Rahmen "des Üblichen" nicht überschreitende Geschenke nicht zum Schmiergeld.

1) Die Entstehungsgeschichte ist wiedergegeben in RGSt 48, 291 (293 ff) und bei Herzberg aaO S. 52 f.

2) Z. B. RG GRUR 20, 103; RG GRUR 32, 463 = RGSt 66, 81 (84); BGH WRP 1968, 292 (293); Spengler aaO MA 1953, 96; Hueck-Nipperdey aaO S. 247 Fn. 29; Reimer aaO § 12 UWG Rdnr. 5.

3) Z. B. RG JW 1935, 1861; RG JW 1925, 486; Hippel aaO S. 88; Niederreuther aaO S. 361; Riese aaO S. 774; Haeffner aaO S. 41 f; Schlegelberger-Schröder aaO § 59 Rdnr. 42; Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 7; Elster aaO § 12 UWG Anm. 3; Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr. 13.

4) Delius aaO S. 286.

5) Z. B. Soergel-Siebert-Wotzke-Volze aaO § 611 Rdnr. 78; Soergel-Siebert-Mühl aaO § 667 Rdnr. 7; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann aaO § 611 Rdnr. 165; Staudinger aaO § 667 Rdnr. 7.

d) Es wird auch die Auffassung vertreten, daß das in § 12 UWG enthaltene Merkmal "zu Zwecken des Wettbewerbs" eine Abgrenzung ermögliche. Verfolge der Geber keine Wettbewerbszwecke, liege kein Schmiergeld vor ¹⁾.

e) Nach einer neueren Ansicht schließlich sind alle Zuwendungen nicht zum Schmiergeld zu rechnen, die als sozialadäquat anzusehen sind ²⁾.

3. Alle diese Kriterien ermöglichen keine in allen Fällen sichere Abgrenzung des Trinkgeldes und der sonstigen harmlosen Zuwendungen vom Schmiergeld. Teilweise sind sie sogar zur Abgrenzung ungeeignet.

Letzteres ist der Fall, soweit die Üblichkeit als entscheidender Gesichtspunkt herangezogen wird ³⁾. Auf die Üblichkeit kann es nämlich nicht ankommen, weil gerade die Gewährung von Schmiergeldern häufig weit verbreitet und üblich ist ⁴⁾.

Das Sozialadäquanz ⁵⁾ bietet keine sichere Grundlage für eine Abgrenzung, weil dieser Begriff zu vielschichtig ist und außerdem widersprüchlich interpretiert wird. Zum Teil weist man ihm, z. B. bei der Frage, ob im heutigen Massenverkehr Frei-

1) Z. B. Hollinde aaO S. 30 f mit weit. Nachw.; vgl. Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 16, der gleichzeitig auf die Üblichkeit abstellt.

2) Z. B. Geerds, Unrechtsgehalt, S. 73 ff; ders., Vortrag, S. 36 f; Sievers aaO S. 58 f.

3) S. o. S. 171 Fn. 5.

4) Darauf weisen Schemmel aaO S. 4, 7; Schlegelberger-Schröder aaO § 59 Rdnr. 42 und RG JW 1930, 1738 mit Recht hin. S. auch RGSt 58, 429; Fuld, Welche Ansprüche hat die GmbH gegenüber dem Geschäftsführer, wenn dieser Schmiergelder erhalten hat?, GmbH-Rdsch 1929, 373 (374).

5) S. o. Fn. 2.

heits- oder Eigentumsverletzungen vorliegen, eine tatbestandsausschließende Funktion zu, zum Teil sieht man in ihm, wie bei der Feststellung, ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt eingehalten ist, einen Rechtfertigungsgrund. Außerdem bezeichnet man gefährliche Verhaltensweisen, wie den Kraftfahrzeugverkehr und den Betrieb von Atomreaktoren, die der Gesetzgeber wegen ihrer gesamtwirtschaftlichen Bedeutung zugelassen hat, als sozialadaequat ¹⁾.

Demgemäß handelt es sich bei der Begriffsbestimmung, nach der jedes Verhalten als sozialadaequat gewertet wird, das sich im Rahmen der normalen geschichtlich gewachsenen sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegt ²⁾, um nichts anderes als um eine ausfüllungsbedürftige Generalklausel. Diejenigen, die die Sozialadaequanz für ein geeignetes Abgrenzungskriterium zwischen Schmiergeld und sonstigen harmlosen Zuwendungen halten ³⁾, stellen deshalb auch einen Katalog von Merkmalen für die Bejahung der Sozialadaequanz einer Zuwendung auf. Jedes einzelne dieser Merkmale, wie die Art oder der Wert des Vorteils, der Anlaß oder die Begleitumstände seiner Gewährung ⁴⁾, muß aber wiederum im Hinblick auf die Sozialadaequanz konkretisiert werden, so daß infolge der unsicheren Beurteilungsgrundlage die Abgrenzung im Einzelfall ebenfalls unsicher ist.

¹⁾ Zu allem s. Sievers aaO S. 58 f; Geerds, Unrechtsgehalt, S. 73 ff; ders., Vortrag, S. 36 f; Esser, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, S. 63, jeweils mit weit. Nachw.

²⁾ Sievers aaO S. 58 mit weit. Nachw.

³⁾ S. o. S. 172 Fn. 2.

⁴⁾ So z. B. Sievers aaO S. 59 ff.

Der Ansicht, die die Entscheidung danach treffen will, ob der Vorteil "zu Zwecken des Wettbewerbs" ¹⁾ gewährt wird, ist nur zuzustimmen, soweit es sich um Fälle handelt, in denen Angestellte oder Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs mit Zuwendungen bedacht werden. Denn nur der wettbewerbsrechtliche Schmiergeldbegriff setzt ein Handeln zu Wettbewerbszwecken voraus. Für die außerwettbewerbsrechtlichen Fälle versagt daher dieser Gesichtspunkt. Hinzu kommt, daß das Fehlen dieses Merkmals nur ein Grund für die Verneinung der Schmiergeldeigenschaft einer Zuwendung ist.

Der Vorschlag eines Teils der Rechtsprechung und Literatur, die "harmlosen und nicht anfechtbaren Geschenke zur Förderung des Warenumsatzes und glatten Erledigung der Geschäfte" aus dem Schmiergeldbegriff auszuklammern ²⁾, führt nicht weiter. Er verlagert das Problem nur auf die Frage, wann ein Geschenk "harmlos" und nicht "anfechtbar" ist. Abgesehen davon wird, wenn der Geber "zur Förderung des Warenumsatzes" tätig wird, regelmäßig auch zu Wettbewerbszwecken gehandelt.

Zutreffend, wenn auch nicht umfassend, ist der Versuch, die Grenze danach zu bestimmen, ob eine Beziehung ³⁾ zu der erstrebten Bevorzugung besteht oder nicht. Wird nämlich eine Zuwendung nicht zum Zwecke der Bevorzugung gemacht, kann sie weder innerhalb noch außerhalb des Wettbewerbs Schmiergeld sein. Nicht berücksichtigt werden

1) S. o. S. 172 Fn. 1.

2) S. o. S. 171 Fn. 2.

3) S. o. S. 171 Fn. 3.

von dieser Ansicht aber die weiteren Gründe, aus denen die Schmiergeldeigenschaft eines Geschenks oder Vorteils verneint werden kann.

4. Eine umfassende Abgrenzung zwischen Schmiergeld einerseits und Trinkgeld bzw. sonstigen harmlosen Zuwendungen andererseits kann nur mit Blick auf den Schmiergeldbegriff vorgenommen werden. Sichere Abgrenzungskriterien aus dem Begriff des Trinkgeldes und der "sonstigen harmlosen Zuwendungen" sind wegen des weiten Anwendungsbereichs nicht zu erkennen.

a) Grenzt man das Trinkgeld und die sonstigen Zuwendungen auf diese Weise gegen das Schmiergeld ab, so wird man unter Trinkgeld eine nicht zu beanspruchende Zuwendung für eine Dienstleistung oder Gefälligkeit bzw. unter den sonstigen harmlosen Zuwendungen beispielsweise Gelegenheitsgeschenke zu verstehen haben, die nicht zum Zwecke der Bevorzugung des Gebers ¹⁾ oder nicht zu Wettbewerbszwecken ²⁾ gegeben werden, wenigstens aber den Empfänger nicht dazu veranlassen sollen, den Geber im Verhältnis zu seinen etwaigen Mitbewerbern unlauter ³⁾, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob die Bevorzugung sachlich, also nach dem Prinzip des Leistungswettbewerbs gerechtfertigt ist, allein auf Grund der Zuwendungen zu bevorzugen,

oder

die nicht zum Zwecke der Bevorzugung ⁴⁾ des Gebers

1) S. o. S. 36 ff.

2) S. o. S. 40 ff.

3) S. o. S. 62 ff.

4) S. o. S. 36 ff.

gegeben werden, wenigstens aber den Empfänger nicht zu einer heimlichen¹⁾ Annahme, einer pflicht-²⁾ oder sittenwidrigen³⁾ Einflußnahme auf den Geschäftsherrn des Empfängers (Dritten) durch Eingriff in seinen Interessenkreis⁴⁾ veranlassen sollen⁵⁾.

Umgekehrt wird das Trinkgeld zum Schmiergeld, wenn sämtliche Merkmale des wettbewerbsrechtlichen oder allgemeinen bürgerlichrechtlichen Schmiergeldbegriffs erfüllt sind.

b) Es könnte nun eingewandt werden, daß eine Abgrenzung gegenüber dem wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff nicht erforderlich sei, weil die Hingabe von Trinkgeld zu Wettbewerbszwecken undenkbar sei. Die Praxis beweist das Gegenteil.

Hingewiesen sei auf einen Fall, den das Hanseatische Oberlandesgericht⁶⁾ entschieden hat. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein Schutenbesitzer X gab dem Vice einer Stauerei bei dem Empfang der Schutenmiete einen geringen Teil hiervon ab, um sich seine Gunst für die Zukunft zu erhalten. Dem Vices oblag es unter anderem, jeweils die benötigten Schuten anzumieten.

1) S. o. S. 65 ff.

2) S. o. S. 73 ff.

3) S. o. S. 120 ff.

4) S. o. S. 114 ff.

5) Für die Abgrenzung der harmlosen immateriellen Vorteile zum Schmiergeld gelten dieselben Grundsätze. Allgemeine Gunstbezeugungen werden allerdings kaum ein geeignetes Mittel sein, einen Angestellten zur Bevorzugung zu veranlassen.

6) OLGE 18, 21 = SeuffArch 63 Nr. 157; Ähnlich auch OLG Hamburg SeuffArch 55 Nr. 84; RG JW 1930, 1738 f.

Das Hanseatische Oberlandesgericht ging in diesem Fall ohne weiteres davon aus, daß das Empfangene Trinkgeld gewesen sei. So unproblematisch ist die Einordnung der Zuwendung jedoch nicht. Sie wurde, was auch das Hanseatische Oberlandesgericht nicht verkennt, immerhin gegeben, um den Vices geneigt zu machen, dem X weitere Bestellungen von Schuten zukommen zu lassen. Der Vorteil wurde also zum Zwecke der Bevorzugung gegeben ¹⁾. Da der Geber vor anderen Schutenbesitzern bevorzugt werden wollte, lag auch das Merkmal des Handelns zu Wettbewerbszwecken vor. Schließlich kann auch das Merkmal der Unlauterkeit gegenüber den Mitbewerbern erfüllt gewesen sein, wenn die in Aussicht genommene Bevorzugung nicht sachgerecht sein würde, weil etwa der X nur mangelhafte Schuten besaß oder die Schuten regelmäßig nicht fristgerecht zur Verfügung stellte.

Wie zu entscheiden gewesen wäre, kann dem insoweit unvollständigen Sachverhalt nicht entnommen werden. Jedenfalls zeigt das Beispiel, daß eine Abgrenzung des Trinkgeldes auch gegenüber dem wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriff vorgenommen werden muß.

¹⁾ Unter diesen Umständen ist es unerheblich, daß die Zuwendung nach Abwicklung eines Geschäfts erfolgte; s. o. S. 157 Fn. 3, 4.

D r i t t e r T e i l

DIE RECHTSFOLGEN DER GEWÄHRUNG BZW. ANNAHME VON SCHMIERGELD

Nachdem das Schmiergeld positiv gekennzeichnet und zu ähnlichen Erscheinungen abgegrenzt worden ist, sollen in diesem Teil der Arbeit die Rechtsfolgen der Schmiergeldgewährung bzw. -annahme behandelt werden. Die Darstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Eine erschöpfende Erörterung ist im Hinblick auf die Zielsetzung, die praktische Anwendbarkeit des Schmiergeldbegriffs aufzuzeigen, auch nicht erforderlich, weil diese Aufgabe bereits dadurch erfüllt werden kann, daß die wesentlichen Rechtsfolgen dargelegt werden.

1. K a p i t e l

DIE RECHTSFOLGEN IM VERHÄLTNIS DES DRITTEN (GESCHÄFTSHERRN) ZUM EMPFÄNGER DER ZUWENDUNG (ANGESTELLTEN)

Dieses Kapitel betrifft gleichermaßen die außerhalb und innerhalb des Wettbewerbs liegenden Schmiergeldfälle. Für letztere ist allerdings eine Einschränkung zu machen. Ist das Schmiergeld allein

durch wettbewerbsrechtliche Merkmale gekennzeichnet und sind nicht - wie im Regelfall - gleichzeitig auch die Merkmale des allgemein bürgerlichrechtlichen Schmiergeldbegriffs erfüllt, was beim sog. entschleierte Schmiergeld vorkommen kann ¹⁾, können sich im Verhältnis des Empfängers zum Dritten keine Rechtsfolgen ergeben, weil der Dritte mit der Zuwendung einverstanden ist und sie billigt.

I. Die Kündigung

Die pflichtwidrige Einflußnahme des Zuwendungsempfängers auf die wirtschaftliche Geschäftsführung des Dritten berechtigt ihn, das Dienst- oder Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen ²⁾. Er darf dies sogar dann, wenn der Angestellte das Schmiergeld nur angenommen hat, ohne daß er schon im Sinne des Gebers tätig geworden ist ³⁾, weil auch die bloße Annahme derartiger Vorteile schon pflichtwidrig ist ⁴⁾. Das Recht zur Kündigung ist unabhängig davon, ob der Dritte geschädigt ist oder ob er eventuell geschädigt werden könnte ⁵⁾. Es be-

1) S. o. S. 69 ff, 88 ff.

2) Einhellige Ansicht; s. z. B. Isele aaO RdA 1962, 53; Riese aaO S. 774; Brewe aaO S. 13; Delius aaO S. 301; Staub-Bondi aaO § 59 Anm. 46; Würdinger aaO § 59 Anm. 40; Nikisch aaO S. 457; Hueck-Nipperdey aaO S. 248; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze aaO § 611 Rdnr. 78.

3) S. die unter Fn. 2 Aufgeführten und Schemmel aaO S. 14, 15.

4) S. o. S. 79 f.

5) Z. B. Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze aaO § 611 Rdnr. 78; Hueck-Nipperdey aaO S. 248; Riese aaO S. 774. Nach Würdinger aaO § 59 Anm. 40 soll ein Recht zur fristlosen Kündigung bereits dann bestehen, wenn der Angestellte die Zuwendung nur zur gehörigen Ausführung des Geschäfts erhalten hat. Diese Ansicht geht jedoch zu weit. Abgesehen davon, daß die Zuwendung wegen des fehlenden Bevorzugungszwecks nicht als Schmiergeld anzusehen ist, wird man in diesem Fall nicht davon sprechen können, daß dem Dritten eine Fortsetzung des Arbeits- oder Dienstverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.

steht bereits, wenn der Angestellte Schmiergeld fordert oder sich versprechen läßt ¹⁾.

In allen diesen Fällen liegt eine Treuepflichtverletzung ²⁾ vor, die das zwischen den Vertragsparteien bestehende Vertrauensverhältnis untergräbt oder doch jedenfalls so erschüttert, daß dem Dritten (Arbeitgeber) eine Fortsetzung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.

II. Der Anspruch auf Unterlassung

1. Ist der Dritte Inhaber eines Unternehmens, stellt sich die Einflußnahme auf seine Geschäftsführung durch den Angestellten als Eingriff in sein Recht am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" dar ³⁾. Betreibt er kein Geschäft, ist seine wirtschaftliche Gestaltungsfreiheit beeinträchtigt ⁴⁾.

In beiden Fällen steht dem Dritten gegen den Empfänger des Schmiergeldes ein Unterlassungsanspruch zu. Er kann diesen Anspruch auf § 1004 BGB analog

¹⁾ Z. B. Schemmel aaO S. 14; Staub-Bondi aaO § 59 Anm. 46; Delius aaO S. 301. Das LAG Bremen (ArbRSam 29 S. 40 - LAG Nr. 9 -) will dem Arbeitgeber darüber hinaus ein Recht zur fristlosen Kündigung gewähren, wenn der Angestellte ihm angebotene Schmiergelder nicht klar und unzweideutig ablehnt und seinen Arbeitgeber nicht umgehend von dem Angebot unterrichtet.

²⁾ S. auch oben S. 75 unter a).

³⁾ S. o. S. 117 f.

⁴⁾ S. o. S. 115 ff.

stützen, weil diese Vorschrift (quasinegatorisch) sowohl das Recht am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" als auch die "Freiheit der Willensbetätigung" schützt ¹⁾.

Da diese Vorschrift nicht nur, wenn der Eingriff stattgefunden hat, der Empfänger des Schmiergeldes also mit der Einflußnahme bereits begonnen hat, eingreift, sondern auch schon dann, wenn die Störung unmittelbar bevorsteht oder eine ernsthafte Gefährdung der Rechte bzw. Rechtsgüter zu befürchten ist ²⁾, steht dem Dritten der Unterlassungsanspruch schon zu, wenn der Angestellte das Schmiergeld fordert, sich versprechen läßt oder nur angenommen hat ³⁾.

2. Ein deliktischer Unterlassungsanspruch ⁴⁾ des Dritten kann sich daneben aus § 823 Abs. 1 BGB ergeben, soweit ein Eingriff in den "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" vorliegt ⁵⁾. Eine

¹⁾ Z. B. Palandt—Degenhart aaO § 1004 Anm. 1 b.

²⁾ Z. B. Palandt—Degenhart aaO § 1004 Anm. 2 b.

³⁾ Nach Tillmann aaO S. 20 ist das Sichversprechenlassen von Schmiergeld und die Annahme auf Grund der Schmiergeldvereinbarung bereits als Eingriff in das Recht am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" anzusehen. Dieser Auffassung kann jedoch nicht zugestimmt werden, weil hier die freie Entfaltung des Gewerbebetriebs noch nicht beeinträchtigt ist, weil eine Beeinflussung des Geschäftsablaufs noch nicht stattfindet.

⁴⁾ Näheres s. bei Palandt-Thomas aaO Einf. 8 vor § 823.

⁵⁾ S. dazu S. 180 Fn. 3.

Beeinträchtigung der Freiheit der Willensbetätigung reicht hierfür nicht, weil § 823 Abs. 1 BGB nur die körperliche Bewegungsfreiheit schützt ¹⁾.

Neben § 823 Abs. 1 BGB kommt als Anspruchgrundlage für den Unterlassungsanspruch § 826 BGB in Betracht und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Dritte Inhaber eines Unternehmens ist oder nicht ²⁾.

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB/ § 12 Abs. 2 UWG - in den wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldfällen - scheidet jedoch aus, weil § 12 UWG nicht den Dritten, sondern den Mitbewerber schützt ³⁾.

III. Der Anspruch auf Schadensersatz ⁴⁾

Hat der Dritte einen Schaden erlitten, was - wie oben ⁵⁾ dargestellt - häufig der Fall sein wird, kann er von dem Empfänger des Schmiergeldes Ersatz verlangen.

Als Inhaber eines Unternehmens kann er seinen Anspruch auf § 823 Abs. 1 BGB stützen, da die Ein-

¹⁾ Z. B. Palandt-Thomas aaO § 823 Anm. 4 c.

²⁾ Zur Sittenwidrigkeit s. o. S. 120 ff.

³⁾ S. o. S. 58. Aus dem gleichen Grund entfällt auch ein Unterlassungsanspruch aus §§ 13 Abs. 1, 12 Abs. 2 UWG; s. Jülich aaO S. 47 Hollinde aaO S. 100; s. auch Tillmann aaO S. 16.

⁴⁾ Neben dem Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz kommt gegebenenfalls ein Anspruch auf Zahlung einer vereinbarten Vertragsstrafe in Betracht. S. dazu Finger aaO § 12 UWG Rdnr. 51; Delius aaO S. 302.

⁵⁾ S. o. S. 110 ff.

flußnahme auf seine wirtschaftliche Geschäftsführung als Eingriff in sein Recht am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" anzusehen ist ¹⁾. Darüber hinaus sind § 826 BGB ²⁾ und § 823 Abs. 2 BGB/§ 266 StGB oder § 263 StGB als mögliche gesetzliche Anspruchsgrundlagen zu erwähnen; die etwaige Schädigung des Dritten ³⁾ geschieht nämlich sittenwidrig ⁴⁾ und vorsätzlich ⁵⁾, und außerdem kann der Empfänger der Zuwendung durch sein Verhalten den Tatbestand der Untreue (§ 266 StGB) ⁶⁾ oder auch des Betruges (§ 263 StGB) ⁷⁾ erfüllen ⁸⁾.

1) In der bloßen Annahme, dem Fordern und Sichversprechenlassen ist kein Eingriff zusehen. S. o. S. 181 Fn. 3.

2) S. v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 14; Isele aaO RdA 1962, 53; Staub-Gadow aaO Anh. 18 zu § 346.

3) Ob der Dritte Inhaber eines Gewerbebetriebs ist oder nicht, ist für diese Ansprüche gleichgültig.

4) S. o. S. 120 ff.

5) Bedingter Vorsatz reicht aus (s. Palandt-Thomas aaO § 826 Anm. 3 a); dieser liegt vor (S.o.S. 39, 130).

6) S. o. S. 71 f.

7) Das wäre beispielsweise der Fall, wenn der Angestellte dem Dritten vorspiegeln würde, daß die Offerte des Schmiergeldgebers die günstigste sei, obwohl in Wahrheit weit bessere Angebote vorlagen. Zur Frage des Betruges s. z. B. Potthoff, Zur gesetzlichen Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs und des Schmiergeldunwesens, MuW 1909, 261 (263).

8) Für die wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldfälle folgen daneben keine Ansprüche aus §§ 13 Abs. 2 Ziff. 2, 12 Abs. 2 UWG oder § 823 Abs. 2 BGB/§ 12 Abs. 2 UWG, weil § 12 UWG nicht den Dritten, sondern den Mitbewerber schützt. S. dazu Tillmann aaO S. 16 mit weit. Nachw.; Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr. 24. Eine Minderansicht (z. B. Riese aaO S. 775; Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 40 Schlegelberger-Schröder aaO § 59 Anm. 42) billigt dem Dritten diese Ansprüche zu, ohne sich mit der Frage des Schutzzwecks des § 12 UWG auseinanderzusetzen.

Daneben kann der Dritte - soweit ein Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Angestellten besteht - seinen Ersatzanspruch unter dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung geltend machen ¹⁾. Der Empfänger verletzt nämlich durch den Mißbrauch seiner Vertrauensstellung schuldrechtliche Nebenpflichten aus § 242 BGB ²⁾.

Der Nachweis des Schadens wird für den Dritten häufig nicht leicht zu erbringen sein. Man denke nur an den "Speditionsfall" ³⁾, in dem die Transportunternehmer dem Stadtexpedienten S einen Teil des Frachtlohns zukommen lassen; hier wird der Spediteur nur schwer beweisen können, daß ohne die Zuwendungen an den S die abgeschlossenen Verträge mit einem für ihn günstigeren Inhalt zustande gekommen wären. Die Rechtsprechung berücksichtigt die Beweisschwierigkeiten des Dritten, indem sie den prima-facie-Beweis zuläßt ⁴⁾. Es sei nämlich nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, daß dem Dritten "wenn er das Geschäft selbst geführt oder ein redlicher Vertreter für ihn gehandelt hätte, wertmäßig mindestens der dem unredlichen Vertreter gewährte Vorteil als Gegenleistung angeboten worden wäre".

Gelingt es allerdings dem Schmiergeldempfänger,

1) Einhellige Ansicht; s. z. B. Riese aaO S. 775; Tillmann aaO S. 16; Isele aaO RdA 1962, 53; ders., aaO Anm. zu BAG AP § 637 BGB Nr. 1; Rosenthal aaO § 12 UWG Rdnr. 41.

2) S. o. S. 75.

3) S. o. S. 8.

4) BGH NJW 1962, 1099 = BGH BB 1962, 536 f = BGH GRUR 1962, 466 f = BGH WRP 1962, 247 f. S. auch BGH GRUR 1959, 31 f; RGZ 136, 359; RGZ 161, 229 (232 ff). Vgl. Tillmann aaO S. 17; Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr. 26. Eine Erleichterung gibt auch § 287 ZPO.

den prima-facie-Beweis zu erschüttern, ist der Dritte seiner Beweisschwierigkeiten nicht enthoben, was häufig zur Folge haben wird, daß dem Schadensersatzanspruch nicht stattgegeben wird.

Von besonderer Wichtigkeit ist daher die Frage, ob der Dritte - ohne Nachweis eines Schadens - wenigstens einen Anspruch auf Herausgabe des Schmiergeldes hat.

IV. Der Anspruch auf Herausgabe des Schmiergeldes

1. Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 BGB (Eingriffskondiktion) scheidet aus ¹⁾. Der Empfänger des Schmiergeldes hat zwar ungerechtfertigte Vorteile erlangt, aber nicht aus dem Vermögen des Dritten. Es fehlt also an einer Vermögensverschiebung zwischen beiden ²⁾.

Auch wenn man der Ansicht folgt, die einen Eingriffserwerb "auf Kosten" des Verletzten schon dann bejaht, wenn der Erwerb gegen den Zuweisungs-

1) Gleiches gilt für einen Anspruch aus § 817 S. 1 BGB; zwar handelt der Empfänger des Schmiergeldes sittenwidrig, der Anspruch kann aber nur dem Geber der Leistung zustehen (s. z. B. Tillmann aaO S. 18; Palandt-Thomas aaO § 817 Anm. 1). Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105, 1 (39, 40) will den Herausgabeanspruch aus § 281 BGB herleiten. Das ist jedoch unrichtig, weil das Schmiergeld nicht an die Stelle der dem Geschäftsherrn gebührenden Leistung getreten ist. So zutreffend Oertmann aaO, Der junge Rechtsgelehrte, S. 52.

2) So z. B. Oertmann aaO, Der junge Rechtsgelehrte, S. 53; Würdinger aaO § 59 Anm. 40; Hollinde aaO S. 102.

gehalt eines absoluten Rechts verstößt ¹⁾, ergibt sich nichts anderes.

Zwar würde bei konsequenter Befolgung dieser Ansicht der Angestellte, soweit er in den "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" des Dritten eingreift, Gewinnabschöpfungen vornehmen, die allein dem Dritten als Inhaber zustehen, aber dem Recht am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" kann ein derartig uneingeschränkter Zuweisungsgehalt nicht zuerkannt werden. Denn die Rechtsordnung gewährt den einzelnen eine umfassende Freiheit unternehmerischer Betätigung, so daß die Zuweisung eines Tätigkeitsbereichs mit festen Chancen und Erwerbsaussichten nicht vorgenommen werden kann ²⁾.

2. Der überwiegende Teil der Literatur und Rechtsprechung stützt den Anspruch auf Herausgabe des Schmiergeldes auf § 667 (§ 675) BGB ³⁾, weil der Angestellte das Schmiergeld "aus der Geschäftsversorgung" erlange. Eine beachtliche Gegenmeinung vertritt demgegenüber die Ansicht, daß Schmier-

1) Z. B. v. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in Festschrift für Rabel, Bd. I, S. 354; Scheyhing, Leistungskondiktion und Bereicherung "in sonstiger Weise", AcP 157, 381.

2) Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 284 ff; Tillmann aaO S. 19 ff mit weit. Nachw.

3) Z. B. Palandt-Thomas aaO § 667 Anm. 2 a; Soergel-Siebert-Hefermehl § 138 Rdnr. 91; Soergel-Siebert-Mühl aaO § 667 Rdnr. 5; Kraft, Zur rechtlichen Problematik der Schmiergelder - BGHZ 39, 1, JuS 1963, 473 ff; Brox aaO S. 160; Schlegelberger-Schröder aaO § 59 Rdnr. 42; Staub-Bondi aaO § 59 Rdnr. 46; Düringer-Hachenburg aaO § 59 Anm. 21; Delius aaO S. 301 f; Hollinde aaO S. 102 f; RGZ 99, 31 (33 f); RGZ 164, 98 ff; BGHZ 39, 1 ff = BGH GRUR 1963, 320 ff; BGH BB 1966, 99.

gelder nur "bei Gelegenheit" der Geschäftsbesorgung in Empfang genommen werden, weil es sich um persönliche Zuwendungen handle ¹⁾; die Vertreter dieser Ansicht verneinen dementsprechend den Herausgabeanspruch des Dritten. Neuerdings ist die Auffassung im Vordringen, der Dritte (z. B. der Arbeitgeber) könne das Schmiergeld nach §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB herausverlangen ²⁾.

a) Läßt man zunächst die grundsätzliche Frage beiseite, ob § 667 BGB oder § 687 Abs. 2 BGB die richtige Anspruchsgrundlage ist und betrachtet man nur § 667 (§ 675) BGB, ist der h. M. zuzugeben, daß Schmiergelder "aus der Geschäftsbesorgung" erlangt werden.

Zwar läßt der Wortlaut des § 667 BGB auch die Auslegung zu, daß Schmiergelder als persönliche Vorteile nur "gelegentlich" der Geschäftsbesorgung gegeben werden, aber aus Entstehungsgeschichte und Zweck der Vorschrift ergibt sich - das hat das Reichsgericht ³⁾ überzeugend ausgeführt ⁴⁾ -, daß alle persönlichen Vorteile herauszugeben sind, die in einem inneren Zusammenhang mit der Geschäftsbesorgung angewendet werden und die Besorgnis rechtfertigen können, der Geschäftsführer werde durch sie veranlaßt, die Interessen des Geschäftsherrn

1) Z. B. Schemmel aaO S. 31; Titze aaO S. 786; Riese aaO S. 775; Nikisch aaO S. 457; Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 36; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann aaO § 611 Rdnr. 165; Staudinger-Nipperdey aaO § 667 Rdnr. 7; RGZ 55, 91; OLG Kiel LZ 1920, 64; s. auch Esser aaO, Bes. Teil, S. 188.

2) Z. B. BAG AP § 687 BGB Nr. 1, 3, 4 jeweils mit Anm. Isele; LAG Düsseldorf BB 1962, 839; Isele RdA 1962, 55; ders. Anm. zu BGH AP § 687 BGB Nr. 2; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze aaO § 611 Rdnr. 78; Söllner, Herausgabe des Untermietzinses bei unberechtigter Untervermietung?, JuS 1967, 499(451); Tillmann aaO S. 24-26; Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr. 26.

3) Grundlegend RGZ 99, 31 ff; 146, 194 ff; 164, 98 ff.

4) Auf die näheren Einzelheiten soll hier nicht eingegangen werden, weil § 667 BGB aus einem anderen Grund nicht zur Anwendung kommt. S. u. S. 189 f.

nicht gewissenhaft zu verfolgen ¹⁾. Diese Voraussetzungen sind für das Schmiergeld immer erfüllt. Da es zum Zwecke der Bevorzugung jemandem gegeben wird, der auf die wirtschaftliche Geschäftsführung eines anderen die Möglichkeit der Einflußnahme hat ²⁾, findet es seine "wirtschaftliche Rechtfertigung und Erklärung" ³⁾ in der Geschäftsbesorgung durch den Angestellten, und außerdem erhält der Empfänger es gerade für ein sach- und interessenwidriges Verhalten. Hinzu kommt, daß dem Geschäftsherrn schon deshalb alle Vorteile aus der Geschäftsbesorgung gebühren, weil er auch das wirtschaftliche Risiko trägt ⁴⁾. Im übrigen ist es auch nicht einzusehen, weshalb dem unredlichen Angestellten der Genuß des Vorteils - gleichsam als Belohnung für seine Unredlichkeit - verbleiben sollte.

b) Der Streit, ob § 667 (§ 675) BGB oder § 687 Abs. 2 BGB Anspruchsgrundlage für den Schmiergeldherausgabeanspruch ist, scheint auf den ersten Blick rein theoretischer Natur zu sein, weil der Dritte nach beiden Vorschriften das Schmiergeld herausverlangen kann.

Der Anwendungsbereich des § 687 Abs. 2 BGB ist jedoch weiter als der des § 667 (§ 675) BGB. Während nämlich § 667 BGB das Bestehen eines Auftrags (§ 662 BGB) oder eines Dienst- bzw. Werkver-

1) S. RGZ 99, 31 (33).

2) S. o. S. 21 (vor 2.).

3) RGZ 99, 32, 34.

4) RGZ 99, 32, 34.

trags, der eine Geschäftsbesorgung ¹⁾ zum Gegenstand hat (§ 675 BGB), zwischen dem Schmiergeldempfänger und dem Dritten voraussetzt, kann § 687 Abs. 2 BGB darüber hinaus auch in den Fällen Anwendung finden, in denen der Geschmierte eine untergeordnete Tätigkeit ausübt oder - ohne daß ein Vertrag besteht - allein auf Grund eines tatsächlichen Vertrauensverhältnisses die Interessen des Schmiergeldgebers verfolgt ²⁾.

Dieser Unterschied nötigt zwar nicht zu einer Entscheidung für oder gegen § 667 bzw. § 687 Abs. 2 BGB, weil beide Vorschriften - je nach Fallgestaltung - nebeneinander zur Anwendung kommen könnten, gegen die Heranziehung des § 667 BGB sprechen aber folgende Überlegungen:

Aus § 665 S. 1 BGB ergibt sich, daß die §§ 662 ff BGB die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien nur innerhalb der durch den Auftrag (Geschäftsbesorgungsvertrag) gezogenen Grenzen regeln ³⁾. Der Empfänger von Schmiergeld überschreitet seine (vertraglichen) Befugnisse jedoch, indem er eine Vereinbarung trifft, die ihn zu einem pflichtwidrigen Verhalten veranlassen soll. Der Herausgabeanspruch aus § 667 BGB kann daher das Schmiergeld nicht umfassen. Er ist auf dasjenige beschränkt, was dem Geschäftsherrn von dem Vertragspartner an sich unmittelbar gewährt werden muß und was sich nur deshalb noch in den Händen des

¹⁾ D.h. eine Tätigkeit von einer gewissen wirtschaftlichen Selbstständigkeit (z. B. Erman-Hauß aaO § 675 Anm. 1).

²⁾ Selbst wenn man § 667 BGB auch auf eine untergeordnete Tätigkeit analog anwendet, ist der Anwendungsbereich des § 687 Abs. 2 BGB weiter, weil er außervertragliche Tätigkeiten erfaßt.

³⁾ S. z. B. Isele Anm. zu BAG AP § 687 BGB Nr. 1; Tillmann aaO S. 24, 25; Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr. 78.

Beauftragten (Angestellten) befindet, weil er das Geschäft geführt hat ¹⁾.

Der Empfänger von Schmiergeld setzt sich außerdem nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv über die Grenzen des Auftrags hinweg, indem er seine eigenen Interessen, seinen Vorteil, verfolgt. Die Anwendung der Geschäftsbesorgungsregeln setzt aber gerade eine bestimmte "innere Haltung (sc. des Beauftragten oder Angestellten) gegenüber seiner Einwirkungshandlung" ²⁾ voraus, nämlich den Willen, die Wirkungen seines Handelns dem Geschäftsherrn zuzuordnen ³⁾. Das zeigt ein Vergleich der §§ 662 ff, 675, 677 ff BGB einerseits mit der Vorschrift des § 687 Abs. 2 BGB andererseits.

Für den Anspruch auf Herausgabe des Schmiergeldes kann daher § 667 BGB - entgegen der überwiegenden Meinung - nicht als Anspruchsgrundlage herangezogen werden.

c) Der richtige Ansatzpunkt für den Anspruch auf Herausgabe des Schmiergeldes ist § 687 Abs. 2 BGB (§§ 681, 667 BGB). Denn der Geschmierte führt ein objektiv fremdes Geschäft bewußt als eigenes.

Die Schmiergeldvereinbarung selbst ist zwar sicherlich ebensowenig ein objektiv fremdes Geschäft wie die Entgegennahme der Zuwendung. Denn "objektiv

1) Staudinger-Nipperdey aaO § 667 Rdnr. 7.

2) Isele Anm. zu BAG AP § 687 BGB Nr. 1 (unter 2.).

3) Bei objektiv fremden Geschäften genügt das Bewußtsein von der Fremdheit des Geschäfts (Isele Anm. zu BAG AP § 687 BGB Nr. 1).

fremd" ist nur ein Geschäft, das wenigstens zum Teil in einem fremden Interessenkreis liegt ¹⁾, was bei der Schmiergeldvereinbarung gerade nicht der Fall ist. Objektiv fremd ist aber die jeweilige Wahrnehmung fremder Interessen durch den Schmiergeldempfänger, also beispielsweise im "Speditions-", "Ladeneinrichtungs-" und "Erbaus-einandersetzungsfall" ²⁾ der Abschluß von Verträgen und im "Miterben-Vollmachtsfall" ³⁾ der Verkauf des Hauses. Indem der Schmiergeldempfänger dieses objektiv fremde Geschäft mit dem objektiv eigenen, der Schmiergeldabrede, verknüpft, behandelt er das fremde Geschäft teilweise als eigenes, greift er in den Interessenkreis des Auftraggebers ein ^{4) 5)}.

Dem Schmiergeldempfänger ist auch bewußt, daß er das fremde Geschäft teilweise als eigenes führt. Jeder Beauftragte oder Angestellte weiß, daß derartige Sonderzuwendungen ihn zu einem pflichtwidrigen Verhalten bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben veranlassen sollen und daß der Geber durch sie einen Vorteil, seine Bevorzugung, in dem Ge-

1) S. z. B. Esser aaO, Besonderer Teil, S. 318, 319; Isele Anm. zu BAG AP § 687 BGB Nr. 1 mit weit. Nachw.

2) S. o. S.7,8, 9.

3) S. o. S. 7.

4) BAG AP § 687 BGB Nr. 1, 3, 4 jeweils mit Anm. von Isele; Tillmann aaO S. 26 ff; Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr. 26.

5) Isele (Anm. zu BAG AP § 687 BGB Nr. 4) weist darauf hin, daß dieses Ergebnis noch weiter dadurch abgesichert werden kann, daß mit Nipperdey (Der Eingriff in schuldrechtlich festgelegte Interessensphären und § 687 Abs. 2 BGB, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, S. 163 ff) die Schutzwirkung des § 687 Abs. 2 BGB generell auch auf die Fälle erstreckt wird, in denen das "objektiv fremde Geschäft" durch (lediglich) schuldrechtliche Bindungen festgelegt und abgesichert ist.

schäftsverkehr mit ihm erstrebt. Gerade dies nimmt er wenigstens billigend in Kauf ¹⁾ und deshalb verheimlicht er auch die Gewährung von Schmiergeld vor seinem Auftraggeber ²⁾.

Somit ist als Ergebnis festzuhalten, daß der Dritte (Arbeitgeber, Geschäftsherr) seinen Anspruch auf Herausgabe des Schmiergeldes auf §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB stützen kann. Dieses Ergebnis trägt dem Umstand Rechnung, daß das Schmiergeld durch den Eingriff in den irgendwie gearteten Interessenkreis des Dritten ³⁾ gekennzeichnet ist.

d) In den Schmiergeldfällen, die zugleich die Merkmale des allgemeinen und des wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriffs erfüllen, so daß eine Bestrafung des Gebers und Empfängers erfolgen kann, stellt sich die Frage, wie sich der Anspruch des Dritten auf Herausgabe des Schmiergeldes zu dem Verfallanspruch des Staates (§ 12 Abs. 3 UWG) verhält.

Das Reichsgericht ⁴⁾ nahm an, der Anspruch des Geschäftsherrn auf Herausgabe des Schmiergeldes entstehe nicht, wenn der Verfall gemäß § 12 Abs. 3 UWG

1) S. o. S. 39, 130.

2) Die Bedenken Kraft's aaO S. 473 ff greifen nicht durch. Kraft (aaO S. 475) will § 687 Abs. 2 BGB nur dann anwenden, wenn der Geschäftsführer das Geschäft "ausschließlich zu seinem eigenen Vorteil" führt. Die Möglichkeit der Aufspaltung eines einheitlichen Geschäfts in ein objektiv teils eigenes, teils fremdes, wird heute anerkannt (z. B. BGHZ 34, 320, 323); dann muß aber auch die zum objektiven Tatbestand gehörende subjektive Seite aufgespalten werden können. S. dazu näher Tillmann aaO S. 29 ff.

3) S. o. S. 114 ff.

4) RGZ 146, 194 (208).

angeordnet werden könne; dies sei eine Folge der überragenden Stellung des Staates. Das Bundesarbeitsgericht ¹⁾ und der Bundesgerichtshof ²⁾ vertreten die Ansicht, der Herausgabeanspruch des Arbeitgebers werde zwar nicht in seiner Entstehung durch § 12 Abs. 3 UWG berührt, der Anspruch sei aber von vornherein mit dem staatlichen Verfallrecht belastet und somit eingeschränkt.

Tillmann ³⁾ hat demgegenüber überzeugend nachgewiesen, daß der Herausgabeanspruch des Dritten (Geschäftsherrn, Arbeitgebers) ungehindert durch § 12 Abs. 3 UWG durchsetzbar ist ⁴⁾. Ein staatlicher Vorrang der Verfallandrohung scheitere bereits an dogmatisch-systematischen Überlegungen, da sich ein Vorrang weder aus dem Wortlaut noch sonst aus der Rechtsordnung ergäbe ⁵⁾; der Anspruch des Dritten stehe weder unter einer aufschiebenden Bedingung (condicio iuris) ⁶⁾ noch bestehe Subsidiarität des gesetzlichen Schuldverhältnisses gegenüber dem Verfallanspruch des Staates ⁷⁾; ebenfalls sei eine Anspruchskonkurrenz zwischen beiden Ansprüchen ⁸⁾ und eine Gesamtgläubigerschaft ⁹⁾ zwischen Staat und Arbeitgeber abzulehnen. Im Hinblick auf die Eigentumsgarantie des

1) AP § 687 BGB Nr. 1.

2) AP § 687 BGB Nr. 2 = BGH NJW 1962, 1099 = BGH WRP 1962, 247 f = BGH BB 1962, 536.

3) Grundlegend aaO S. 1 ff.

4) Tillmann aaO S. 39 ff mit weit. Nachw.

5) Tillmann aaO S. 54 ff, insbesondere S. 67 ff.

6) Tillmann aaO S. 64 ff mit weit. Nachw.

7) Tillmann aaO S. 67 ff mit weit. Nachw.

8) Tillmann aaO S. 82 f mit weit. Nachw.

9) Tillmann aaO S. 83 ff mit weit. Nachw.

Art. 14 GG sei das Strafgericht auch nicht befugt, das Schmiergeld für verfallen zu erklären, wenn der Arbeitgeber ernstlich gewillt sei, seinen Herausgabeanspruch geltend zu machen ^{1) 2)}. Im Wege der verfassungskonformen Auslegung des § 12 Abs. 3 UWG ³⁾ sei der Staat auf den Verfall des Wertes und nicht des Schmiergeldes selbst zu verweisen ⁴⁾. Ob das Gericht durch Anordnung des Wertverfalls den Schmiergeldempfänger zu einer "Doppelzahlung" verpflichte, stehe in seinem Ermessen. Es handle sich nämlich bei der Verfallerklärung des § 12 Abs. 3 UWG um eine besondere Art der Einziehung gem. § 40 StGB ⁵⁾; in einer Reihe anderer Einziehungsvorschriften ⁶⁾ sei die Einziehung jedenfalls in das Ermessen des Gerichts gestellt. Wie dort habe das Gericht auch in den Fällen des § 12 UWG von einer Anordnung des Wertverfalls abzusehen, wenn diese zu einer unbilligen Härte für den Schmiergeldempfänger führen würde ⁷⁾.

Hinsichtlich der Einzelheiten darf auf die Ausführungen Tillmanns verwiesen werden. Es genügt

1) Tillmann aaO S. 99 ff mit weit. Nachw.

2) Ausnahmsweise kann ein vorwerfbares Verhalten des Arbeitgebers den Schmiergeldvorgang begünstigt haben. Dann ist die Verfallerklärung als Schrankensetzung (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) unter dem Gesichtspunkt des Verwirkungsvollzugs aufzufassen. S. Tillmann aaO S. 120.

3) Tillmann aaO S. 123 ff, insbesondere S. 131 ff.

4) § 12 Abs. 3 UWG räumt die Möglichkeit des Verfalls "des Empfangenen oder seines Werts" ein.

5) Tillmann aaO S. 41 ff mit weit. Nachw.

6) Z. B. §§ 295 Abs. 2 StGB, 414 AO, 39 ff AWG, 73 Abs. 2 DevG.

7) Tillmann aaO S. 133 ff.

hier, als Ergebnis festzuhalten, daß Verfallanspruch des Staates und Herausgabeanspruch des Dritten (Arbeitgebers, Geschäftsherrn) unabhängig voneinander bestehen ¹⁾. Der Umstand, daß der Schmiergeldempfänger möglicherweise doppelt leisten muß, spricht nicht gegen dieses Ergebnis. Es handelt sich hierbei nur um eine gerechte Folge der Straftat ²⁾.

V. Die Merkmale des Schmiergeldbegriffs
und die Rechtsfolgen

Bei den verschiedenen Ansprüchen, die der Dritte gegen den Schmiergeldempfänger geltend machen kann, zeigt sich die Bedeutung der einzelnen Merkmale des Schmiergeldes.

Unterlassungs-, Schadensersatz- und Herausgabeansprüche sind gegeben, weil der Geschmierte in den irgendwie gearteten Interessenkreis des Dritten, in seine wirtschaftliche Gestaltungsfreiheit oder in sein Recht am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" eingreift. Soweit diese Ansprüche auf § 826 BGB gestützt werden, wirkt sich die Sittenwidrigkeit des Verhaltens des Schmiergeldempfängers aus.

Die Pflichtwidrigkeit erlangt Bedeutung bei dem Kündigungsrecht des Dritten, dem Schadensersatz-

¹⁾ So auch Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr. 26; Menkens, Zum Anspruch des Arbeitgebers auf Herausgabe von "Schmiergeldern", Der Betrieb 1970, S. 686; vgl. Isele Anm. zu BAG AP § 687 BGB Nr. 1.

²⁾ S. Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr. 26 mit weit. Nachw.

anspruch aus positiver Forderungsverletzung und insofern bei dem Herausgabeanspruch aus §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB, als sie zu der Erkenntnis verhilft, daß die §§ 667, 675 BGB als Anspruchsgrundlage nicht in Betracht kommen, weil der Geschmierte die Grenzen des Auftrags bzw. des Geschäftsbesorgungsvertrags überschreitet.

Die Heimlichkeit schließlich ist ein Indiz dafür, daß der Empfänger des Schmiergeldes das teilweise (objektiv) fremde Geschäft als eigenes führt (§ 687 Abs. 2 BGB).

2. K a p i t e l

DIE RECHTSFOLGEN IM VERHÄLTNIS DES DRITTEN ZUM BESTECHENDEN GESCHÄFTSPARTNER ¹⁾

I. Der Anspruch auf Unterlassung

Der Dritte kann Unterlassungsansprüche auf §§ 1004 BGB analog, 823 Abs. 1 und 826 BGB stützen.

1. Der Anspruch aus § 1004 BGB ist entweder- wenn der Dritte ein Unternehmen betreibt - wegen Eingriffs in das Recht am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" oder wegen Eingriffs in die wirtschaftliche Gestaltungsfreiheit ²⁾.

Die Schmiergeldvereinbarung ist nämlich ohne weiteres als Eingriff in den Gewerbebetrieb anzusehen, weil der Geber mit der gewährten oder in Aussicht gestellten Zuwendung den Angestellten des Dritten zu einer pflichtwidrigen Bevorzugung veranlassen will. Aus demselben Grund liegt in dem Versprechen oder Gewähren von Schmiergeld auch ein Eingriff in die Freiheit der Willensbetätigung ³⁾ des Dritten. In beiden Fällen werden äußere Einflüsse wirksam.

Der Unterlassungsanspruch entsteht schon, wenn der Geber das Schmiergeld nur anbietet oder ankündigt.

¹⁾ Das in diesem Teil der Arbeit Ausgeführte gilt ebenfalls grundsätzlich sowohl für die innerhalb als auch für die außerhalb des Wettbewerbs liegenden Schmiergeldfälle. Näheres s. o. S. 178 f (vor I).

²⁾ Vgl. o. S. 180 ff (unter II).

³⁾ Vgl. o. S. 180 f (unter II 1).

Denn § 1004 BGB greift bereits ein, wenn eine Störung unmittelbar bevorsteht oder eine ernsthafte Gefährdung der Rechte bzw. Rechtsgüter zu befürchten ist ¹⁾.

2. Ein deliktischer Unterlassungsanspruch kann sich aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Eingriffs in das Recht am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" ergeben, wenn der Dritte ein Geschäft betreibt ²⁾.

Neben § 823 Abs. 1 BGB kommt § 826 BGB als Anspruchsgrundlage ³⁾ in Betracht, da auch der Schmiergeldgeber sittenwidrig handelt ⁴⁾ ⁵⁾.

II. Der Anspruch auf Schadensersatz ⁶⁾

1. Als mögliche vertragliche Anspruchsgrundlagen sind die Institute der positiven Forderungsverletzung und der culpa in contrahendo zu erwähnen. Der Zuwendende verstößt nämlich, wenn ein Vertragsverhältnis bestand, gegen die schuldrechtliche Nebenpflicht aus § 242 BGB, eine Verletzung der Rechtsgüter des Dritten zu vermeiden oder, wenn

¹⁾ S. o. S. 181 Fn. 2.

²⁾ Eine Beeinträchtigung der Freiheit der Willensbetätigung reicht hierfür nicht; s. o. S. 181 f. (unter 2).

³⁾ Gleichgültig ist für diesen Anspruch, ob der Dritte ein Unternehmen betreibt oder nicht.

⁴⁾ S. o. S. 133.

⁵⁾ Ansprüche aus §§ 823 Abs. 2 BGB/12 Abs. 1 UWG oder §§ 13 Abs. 1, 12 Abs. 1 UWG scheiden aus, weil § 12 UWG nur den Mitbewerber, nicht aber den Dritten schützt (vgl. o. S. 182 Fn. 3). Ein Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG entfällt, weil der Geschäftsherr (Dritte) zu dem aktiven Täter nicht in einem Wettbewerbsverhältnis steht; s. v. Godin-Hoth aaO § 12 UWG Anm. 14.

⁶⁾ Zu den Beweisschwierigkeiten des Dritten hinsichtlich des Schadens s. o. S. 184 f.

man erst in Vertragsverhandlungen eingetreten war, gegen die dann auf Grund des vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses bestehende allgemeine Sorgfaltspflicht (§ 276 BGB), eine Schädigung des Vertragspartners zu vermeiden.

2. Gesetzliche Anspruchsgrundlage kann § 823 Abs. 1 BGB wegen Eingriffs in den "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" und § 826 BGB ¹⁾ sein. Denkbar ist auch ein auf § 823 Abs. 2 §§ 48, 263 oder 48, 266 StGB gestützter Schadensersatzanspruch ^{2) 3)}.

III. Der Anspruch auf Herausgabe der eigenen Leistung, wenn der Vertrag ⁴⁾ nichtig ist

Als Anspruchsgrundlage kommt § 812 Abs. 1 BGB (Leistungskondiktion) in Betracht, wenn der Hauptvertrag gegen § 138 BGB verstößt ⁵⁾ und damit nichtig ist.

Zwei Fälle sind zu unterscheiden. Der erste betrifft die Schmiergeldzuwendung an den zum Ver-

1) S. o. S. 198 Fn. 4.

2) Vgl. o. S. 183 Fn. 6, 7.

3) Schadensersatzansprüche aus §§ 13 Abs. 2 Ziff. 2, 12 Abs. 1 UWG, § 823 Abs. 2 BGB/§ 12 Abs. 1 UWG oder § 1 UWG entfallen; s. o. S. 198 Fn. 5.

4) Gemeint ist nicht die Schmiergeldvereinbarung, sondern der zwischen dem Dritten und dem Schmiergeldgeber geschlossene Vertrag.

5) § 12 UWG kann in diesem Zusammenhang nicht als Verbotsnorm (§ 134 BGB) herangezogen werden, da nur die Schmiergeldvereinbarung, nicht aber der Hauptvertrag, gegen § 12 UWG verstößt. Vgl. Hollinde aaO S. 105.

tragsschluß Bevollmächtigten ¹⁾, der zweite die Bestechung von nichtbevollmächtigten Personen, die am Vertragsschluß beteiligt sind, also z. B. von Angestellten, die rein tatsächlichen Einfluß ausüben.

Wird vor Vertragsschluß der Bevollmächtigte des Dritten geschmiert, ist die Nichtigkeit des Vertrags schon dann anzunehmen, wenn der Vertragsschluß auf das Schmiergeld zurückzuführen ist. Gleichgültig bleibt hierbei, ob der Dritte eine an sich ausreichende Gegenleistung erhält oder nicht, wenn nur eine nachteilige Wirkung möglich war ²⁾.

1) Ihm gleich steht der gesetzliche Vertreter oder das Organ.

2) Soergel-Siebert-Hefermehl aaO § 138 Rdnr. 91; Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 35; RGZ 130, 131 (142); RG SeuffA 86 Nr. 152; RGZ 161, 223, 229. S. auch o. S. 27, 28. Nach anderer Ansicht ist eine Benachteiligung des Geschäftsherrn Voraussetzung für die Sittenwidrigkeit. Die Benachteiligung müsse zwar nicht unbedingt in einem Vermögensschaden bestehen, es genüge eine Benachteiligung durch andere Gestaltung des Vertragsinhalts: so RG JW 1928, 1584 (1585); RG JW 1932, 2704 (2705) = RGZ 136, 359 f.; RGZ 134, 43 (56); Würdinger aaO § 59 Anm. 40; Schlegelberger-Schröder aaO § 59 Rdnr. 42 a. S. auch Körner, Verstöße gegen die Vorschriften des UWG und WZG und ihre Auswirkung auf Drittverträge, GRUR 1968, 348 (351 f.). Diese Ansicht übersieht jedoch, daß sich die Sittenwidrigkeit eines Vertrags nicht nur aus seinem Inhalt und - worauf die Vertreter dieser Auffassung besonders hinweisen - der Unangemessenheit der Gegenleistung, sondern auch aus den Beweggründen der Beteiligten, der Art seines Zustandekommens, ergeben kann.

Die Art des Zustandekommens des Vertrags, nämlich der eigennützige Vertrauensmißbrauch auf der einen und dessen Ausnutzung zum (möglichen) Nachteil des Vertragsgegners von der anderen Seite begründen die Sittenwidrigkeit des so herbeigeführten Abschlusses nach § 138 BGB ¹⁾.

Wird das Schmiergeld einem am Vertragsschluß Beteiligten gewährt, der keine Abschlußvollmacht besitzt, ist der auf Grund dieser Zuwendung geschlossene Vertrag erst dann sittenwidrig und nichtig, wenn er nach Zweck und Inhalt den Vertragsgegner schädigt ²⁾. In diesem Fall kann die Art des Zustandekommens nicht entscheidend sein, weil nur der Schmiergeldgeber, also nur ein am Vertragsschluß Beteiligter sittenwidrige Ziele verfolgt ³⁾.

Unter den genannten Voraussetzungen kann der Dritte also die von ihm erbrachte Leistung unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 Abs. 1 BGB) zurückverlangen.

IV. Sonstige Rechtsfolgen

Zu erwähnen ist neben den genannten Ansprüchen des Dritten gegenüber dem "schmierenden" Geschäftspart-

¹⁾ S. Hollinde aaO S. 106; der Inhalt des Hauptvertrags ist für die Frage der Sittenwidrigkeit nicht entscheidend (s. Schlegelberger-Schröder aaO § 59 Rdnr. 42 a).

²⁾ Soergel-Siebert-Hefermehl aaO § 138 Rdnr. 91; RGZ 86, 146; 107, 208; 134, 43 (56). Für diese Fallgestaltung ist den auf S. 200 unter Fn. 2 als abweichende Ansicht Aufgeführten zuzustimmen; s. auch Schemmel aaO S. 16.

³⁾ Palandt-Danckelmann-Heinrichs aaO § 138 Anm. 1 b.

ner das Recht des Dritten, den Vertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten ¹⁾. Nach § 123 Abs. 2 S. 1 BGB kann nämlich der von seinem Angestellten etwa durch Schweigen über die Zuwendung des Schmiergeldes getäuschte Dritte den Vertrag mit dem Schmiergeldgeber anfechten, sofern dieser - was in der Regel anzunehmen ist - die Täuschung gekannt hat ²⁾.

Außerdem steht dem Dritten ein Rücktrittsrecht nach dem Rechtsgedanken der §§ 325, 326 BGB zu, soweit der Zuwendende eine positive Forderungsverletzung begeht ^{3) 4)}.

V. Die Merkmale des Schmiergeldbegriffs und die Rechtsfolgen

Bei den Ansprüchen des Dritten gegen den bestechen-

1) Str. ist, ob der Dritte berechtigt ist, den Vertrag nach § 119 Abs. 2 BGB anzufechten. Bejahend: Reimer aaO § 12 UWG Rdnr. 23; a. A. Schemmel aaO S. 17; Staub-Gadow aaO Anh. § 346 Anm. 18 a. E.

2) Staudinger-Coing aaO § 123 Rdnr. 23 d; Palandt-Danckelmann-Heinrichs aaO § 123 Anm. 1 d cc; Würdinger aaO § 59 Anm. 40; Callmann aaO § 12 UWG Rdnr. 34; Hollinde aaO S. 106; RGZ 107, 211; 134, 43; RG JW 1924, 291.

3) S. RGZ 149, 187 (189 f) = RG JW 1936, 802 f; Rudloff-Blochwitz aaO S. 238 f.

4) Darüber hinaus kann der Dritte den Einwand unzulässiger Rechtsausübung erheben; s. dazu Reinhardt Anm. zu RG JW 1932, 2704 (2705).

den Geschäftspartner ¹⁾ sind folgende Merkmale des Schmiergeldbegriffs von Bedeutung:

Der vom Schmiergeldgeber beabsichtigte Eingriff des Angestellten in den irgendwie gearteten Inter-

1) Ergänzend sei auf folgendes hingewiesen:
Die Ansprüche des Dritten gegen den Schmiergeldgeber, der nur Angestellter des Geschäftspartners ist, stimmen mit den gegen den bestechenden Geschäftspartner gerichteten (2. Kapitel) überein. Ein Anspruch auf Herausgabe des Geleisteten (§ 812 Abs. 1 BGB) scheidet allerdings aus, weil der Angestellte nichts erlangt.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen im Verhältnis des Dritten zum Dienstherrn (Geschäftspartner des Dritten) des angestellten Schmiergeldgebers sind einige Besonderheiten anzumerken: Der Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB ist auch gegen den Dienstherrn des Zuwendenden gegeben, wenn das Schmiergeld mit seinem Wissen und Willen gewährt wird (s. zur Störereigenschaft BGHZ 19, 126 ff; Palandt-Degenhart aaO § 1004 Anm. 4). Wird das Schmiergeld zunächst ohne Wissen und Billigung des Dienstherrn hingegeben und erfährt er nachträglich davon, ohne einzuschreiten, ist § 1004 BGB ebenfalls anwendbar (Palandt-Degenhart aaO § 1004 Anm. 4 mit weit. Nachw.). Schließlich ist § 1004 BGB sogar dann anzuwenden, wenn der Dienstherr nichts von der Sache erfährt. S. Pleyer, Die Einstandspflicht des Unternehmers für seine Mitarbeiter im Rahmen des § 1004 BGB, AcP 161, 500 (511): "Das vorsätzliche Verhalten des Angestellten hindert die Inanspruchnahme des Dienstherrn nicht, wenn die Handlung nicht nur "bei Gelegenheit" der Dienstaussübung begangen ist". A. A. Soergel-Siebert-Mühl aaO § 1004 Rdnr. 30. Pleyer ist zuzustimmen, weil die Handlung eines Angestellten "in Ausübung" der dienstlichen Tätigkeit in den Verantwortungsreich des Dienstherrn fällt. §§ 823 Abs. 1, 826 BGB kommen als Anspruchsgrundlagen für den Unterlassungsanspruch in Betracht, wenn der Dienstherr Mittäter, Gehilfe oder Anstifter ist (§ 830 Abs. 1, Abs. 2 BGB).

Schadensersatzansprüche können gegen den Dienstherrn geltend gemacht werden, wenn er Mittäter, Anstifter oder Gehilfe ist. Vertragliche Schadensersatzansprüche aus positiver Forderungsverletzung und culpa in contrahendo treffen ihn nach § 273 BGB. Bei dem Anspruch auf Herausgabe der Leistung des Dritten nach § 812 BGB ist dem Dienstherrn die Kenntnis seines Angestellten nach § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen (Erman-Böhle-Stamschröder aaO § 166 An. 3). Im übrigen ergeben sich keine Unterschiede.

essenkreis des Dritten, sei es in das Recht am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb", sei es in die Freiheit der Willensbetätigung, stellt sich als eigener Eingriff des Gebers dar und bildet die Grundlage für die Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche. Soweit diese Ansprüche auf § 826 BGB gestützt werden, wirkt sich die Sittenwidrigkeit des Verhaltens des Zuwendenden aus.

Die Sittenwidrigkeit - auch die des Verhaltens des Schmiergeldempfängers - ist für die Frage der Nichtigkeit des Hauptvertrags und damit des Anspruchs auf Herausgabe des Geleisteten (§ 812 Abs. 1 BGB) erheblich.

Die Heimlichkeit des Zuwendungsempfängers schließlich ist bei der Anfechtung des Vertrags nach § 123 Abs. 2 S. 1 BGB bedeutsam.

3. K a p i t e l

DIE RECHTSFOLGEN IM VERHÄLTNIS DES MITBEWERBERS ZUM BESTECHENDEN MITBEWERBER

Dieser Abschnitt handelt nur von den wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldfällen. Da es um die Ansprüche von Mitbewerbern untereinander geht, das Verhältnis zum Dritten also außer Betracht zu bleiben hat, ist es gleichgültig, ob die Zuwendung neben den Merkmalen des wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriffs auch die des allgemeinen bürgerlichrechtlichen erfüllt.

I. Der Anspruch auf Unterlassung

Der Unterlassungsanspruch des Mitbewerbers gegen den Schmiergeldgeber ergibt sich aus den wettbewerbsrechtlichen Sondervorschriften der §§ 13 Abs. 1 S. 2, 12 Abs. 1 UWG ¹⁾. Daneben ²⁾ kommen deliktische Unterlassungsansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB/ § 12 Abs. 1 UWG und § 826 BGB ³⁾ in Betracht. Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB und § 1004 BGB entfallen, weil der allgemeine Schutz des Rechts am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" ⁴⁾

¹⁾ Auch aus § 1 UWG; s. Baumbach-Hefermehl aaO § 12 UWG Rdnr. 22.

²⁾ Die Vorschriften des UWG schließen die Anwendung der allgemeinen bürgerlichrechtlichen Vorschriften nicht aus. Z. B. Rosenthal aaO § 13 UWG Rdnr. 2.

³⁾ § 826 BGB ist neben § 1 UWG anwendbar; v. Godin-Hoth aaO § 1 UWG Anm. 4.

⁴⁾ Ein Eingriff in ein anderes Recht kommt hier nicht in Frage.

gegenüber dem spezialgesetzlichen Schutz - insbesondere durch das UWG - subsidiär ist ¹⁾.
Überdies würde es an der Unmittelbarkeit des Eingriffs fehlen, da der Kreis der Mitbewerber regelmäßig nicht überschaubar ist.

II. Der Anspruch auf Schadensersatz

Schadensersatzansprüche kann der betroffene Mitbewerber auf §§ 13 Abs. 2 Ziff. 2, 12 Abs. 1 UWG ²⁾, §§ 823 Abs. 2 BGB/ 12 Abs. 1 UWG bzw. § 1 UWG und § 826 BGB stützen.

Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Eingriffs in das Recht am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" scheiden aus den unter I. genannten Gründen aus.

III. Der Anspruch auf Herausgabe des Erlangten

Als Anspruchsgrundlage für die Herausgabe des durch die Bestechung Erlangten, des Gewinns, kommt zunächst § 812 Abs. 1 BGB (Eingriffskondiktion) in Betracht.

Da der Schmierende jedoch nicht aus dem Vermögen des Mitbewerbers erhält, dürfte es an der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung fehlen ³⁾. Über-

¹⁾ Z. B. BGHZ 36, 252; 38, 200; 43, 361.

²⁾ Auch auf § 1 UWG. S. o. S. 205 Fn. 1

³⁾ Z. B. v. Godin-Hoth aaO § 1 UWG Anm. 39 b mit weit. Nachw.

dies kann dem Recht am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb", in das hier allein eingegriffen wird ¹⁾, kein derartiger Zuweisungsgehalt zuerkannt werden ²⁾.

Der Anspruch auf Herausgabe des Gewinns kann auch nicht auf § 687 Abs. 2 BGB gestützt werden, weil der Zuwendende kein objektiv fremdes Geschäft führt. Der schmierende Mitbewerber greift nicht in den Interessenskreis der anderen Mitbewerber ein. Er steht zu diesen in einem Konkurrenzverhältnis, das bis zum Abschluß des Vertrags mit dem Dritten andauert. Bis zu diesem Zeitpunkt haben alle Mitbewerber das gleiche eigene Interesse, den Vertragsschluß mit dem Dritten herbeizuführen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß der Schmiergeldgeber unlautere Mittel zur Erreichung des Erfolgs anwendet ³⁾.

1) Sofern man nicht die in §§ 13, 12, 1 UWG getroffene Regelung als abschließend ansieht und daneben keinen Eingriff in das allgemeine Recht am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" zulassen will (s. o. S. 206 Fn. 1). Da das UWG nur Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche regelt, ist diese Ansicht für Bereicherungsansprüche jedoch abzulehnen. S. dazu Baumbach-Hefermehl aaO Einl. UWG Rdnr. 336 ff.

2) S. o. S. 185, 186. S. auch Esser aaO, Besonderer Teil, S. 363, 365. Dies übersehen diejenigen, die den Bereicherungsanspruch bejahen (z. B. Finger aaO § 13 UWG Rdnr. 80; Hollinde aaO S. 120 f; Pinzger, Der Bereicherungsanspruch im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1927, 269 f; Baumbach-Hefermehl aaO Einl. UWG Rdnr. 336 ff).

3) Im Ergebnis ebenso: Finger aaO § 13 Rdnr. 80; Schemmel aaO S. 31 Fn. 39; s. auch Baumbach-Hefermehl aaO Einl. UWG Rdnr. 334.

IV. Die Merkmale des Schmiergeldbegriffs
und die Rechtsfolgen

Die Ansprüche des Mitbewerbers gegen den bestechenden Mitbewerber ¹⁾ zeigen die Bedeutung der Merkmale des wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriffs. Das gilt gleichermaßen für die Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz.

Soweit diese Ansprüche in § 826 BGB ihre Grundlage finden, wirkt sich die Sittenwidrigkeit ²⁾ des Verhaltens des Schmiergeldgebers gegenüber den Mitbewerbern aus.

¹⁾ Ergänzend seien folgende Fallgestaltungen erwähnt:
Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gegen den bestechenden Angestellten des Mitbewerbers bestehen ebenso wie gegen den bestechenden Mitbewerber, weil § 12 Abs. 1 UWG auch das fremdnützige Handeln erfaßt. Herausgabeansprüche entfallen ohnehin, weil der bestechende Angestellte keinen Gewinn macht. Bei den Ansprüchen gegen den Mitbewerber, dessen Angestellter bestochen hat, ergeben sich einige Besonderheiten. Weiß der Mitbewerber, daß sein Angestellter besticht und billigt er dies, liegt in der Regel mittelbare Täterschaft vor, so daß sämtliche im 3. Kapitel behandelten Ansprüche und zusätzlich der Unterlassungsanspruch aus § 13 Abs. 3 UWG gegeben sind. Weiß der Mitbewerber nicht, daß sein Angestellter besticht, ergibt sich der Unterlassungsanspruch aus § 13 Abs. 3 UWG (v. Godin-Hoth aaO § 13 Anm. 9) und der Schadensersatzanspruch aus § 831 BGB in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB/§ 12 Abs. 1 bzw. § 1 UWG oder § 826 BGB. Herausgabeansprüche entfallen auch hier.

²⁾ S. o. S. 134

4. K a p i t e l

DIE RECHTSFOLGEN IM VERHÄLTNISS DES MITBEWERBERS ZUM BESTOCHENEN

Dieses Kapitel betrifft - ebenso wie das vorhergehende - die Schmiergeldfälle, die durch wettbewerbsrechtliche Merkmale gekennzeichnet sind.

I. Der Anspruch auf Unterlassung

Unterlassungsansprüche können sich aus den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften der §§ 13 Abs. 1 S. 2, 12 Abs. 2 und § 1 UWG sowie aus § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB/ § 12 Abs. 2 UWG ergeben. Die §§ 1004 und 823 Abs. 1 BGB scheiden hier ebenso aus wie bei den Ansprüchen des Mitbewerbers gegen den Schmiergeldgeber ¹⁾.

II. Der Anspruch auf Schadensersatz

Anspruchsgrundlagen für Schadensersatzansprüche sind die §§ 13 Abs. 2 Ziff. 2, 12 Abs. 2 UWG, § 1 UWG, § 823 Abs. 2 BGB/§ 12 Abs. 2 UWG bzw. § 1 UWG und § 826 BGB. § 823 Abs. 1 BGB kommt auch hier nicht in Betracht ²⁾.

¹⁾ S. o. S. 205 f (unter I).

²⁾ S. o. S. 206 (unter II).

III. Der Anspruch auf Herausgabe des Schmiergeldes

Ein Herausgabeanspruch unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 Abs. 1 BGB - Eingriffskondiktion -) ist zu verneinen, weil es an einer Vermögensverschiebung zwischen dem Mitbewerber und dem Schmiergeldempfänger fehlt ¹⁾.

Ein Anspruch aus unechter Geschäftsführung (§ 687 Abs. 2 BGB) kann dem Mitbewerber ebenfalls nicht zuerkannt werden, weil der Schmiergeldempfänger kein Geschäft der Mitbewerber als eigenes führt ²⁾.

IV. Die Merkmale des Schmiergeldbegriffs und die Rechtsfolgen

Bei den aus dem Schmiergeldvorgang folgenden Ansprüchen zwischen Mitbewerber und Schmiergeldempfänger zeigt sich die Bedeutung der Merkmale des wettbewerbsrechtlichen Schmiergeldbegriffs. Dies gilt auch hinsichtlich des Unterlassungs- und Schadensersatzanspruchs aus § 826 BGB. Hier kommt die Unlauterkeit (Sittenwidrigkeit) des Verhaltens des Geschmierten gegenüber dem Mitbewerber zur Geltung.

¹⁾ Ein möglicher Eingriff in den Gewerbebetrieb des Mitbewerbers reicht für die Bejahung des Merkmals "auf Kosten" nicht aus, weil der Zuweisungsgehalt des Rechts am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" nicht derart uneingeschränkt ist. S. o. S. 185 f.

²⁾ Tillmann aaO S. 38 mit weit. Nachw.

5. K a p i t e l

SONSTIGE RECHTSFOLGEN

I. Rückforderungsansprüche des Schmiergeldgebers

Eine Rückforderung des als Schmiergeld gewährten Vorteils nach § 985 BGB kommt in der Regel nicht in Frage, weil sich die Sittenwidrigkeit der Schmiergeldvereinbarung, also des Grundgeschäfts, nicht auf das Erfüllungsgeschäft auswirkt. Eine Ausnahme kann bei Fehleridentität, Bedingungseinheit oder Geschäftseinheit bestehen ¹⁾.

Ein Rückforderungsanspruch aus § 812 Abs. 1 BGB (Leistungskondiktion) ist zwar zunächst denkbar, weil die Schmiergeldvereinbarung wegen Verstoßes gegen § 138 BGB oder § 134 BGB ²⁾ nichtig ist, doch steht diesem Anspruch § 817 Satz 2 BGB entgegen, weil auch der Leistende gegen die guten Sitten bzw. das gesetzliche Verbot verstößt ³⁾. Eine Ausnahme gilt für das Rückgabeverlangen des Konkursverwalters ⁴⁾ und den auf die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr nach § 23 Abs. 2 GüKG übergeleiteten Rückforderungsanspruch für tarifwidrige Zahlungen ⁵⁾.

¹⁾ Näheres dazu s. b. Tillmann aaO S. 32 f.

²⁾ Falls § 12 UWG verletzt ist; s. Tillmann aaO S. 31 mit weit. Nachw.

³⁾ Z. B. Soergel-Siebert-Mühl aaO § 817 Rdnr. 23; Tillmann aaO S. 32 mit weit. Nachw.

⁴⁾ Krause-Dünow aaO S. 7; Tillmann aaO S. 35 ff.

⁵⁾ § 23 Abs. 2 Satz 4 GüKG schließt die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB ausdrücklich aus. Vgl. BGHZ 38, 171 ff.

II. Schmiergeld als Aufwendungsersatz

Die Erstattung aufgewendeter Schmiergelder (§ 67o BGB) kann nicht verlangt werden. Schmiergelder sind nämlich, weil es sich bei ihnen um einen - wegen ihrer Sittenwidrigkeit - von der Rechtsordnung mißbilligten Aufwand handelt, nicht erstattungsfähig ¹⁾.

III. Die Merkmale des Schmiergeldbegriffs und die Rechtsfolgen

Hinsichtlich des Rückforderungsanspruchs des Schmiergeldgebers und des Anspruchs auf Erstattung von Schmiergeld (als Aufwendung i. S. des § 67o BGB) wirkt sich die Sittenwidrigkeit der Schmiergeldgewährung bzw. -annahme aus.

¹⁾ S. BGH NJW 1965, 293 = BGH Rechtsarchiv der Wirtschaft 1965 Nr. 28o; Soergel-Siebert-Mormann aaO § 652 Rdnr. 25; vgl. auch Esser aaO, Besonderer Teil, S. 19o.

LEBENS LAUF

Am 12. März 1942 wurde ich als zweites Kind des Staatsanwalts Hans Koch und seiner Ehefrau Margarete geb. Butt in Cuxhaven geboren. 1944 wurde mein Vater in Rußland vermißt.

Meine Schulzeit verbrachte ich in Cuxhaven. Ostern 1961 legte ich die Reifeprüfung an dem dortigen Gymnasium für Jungen ab.

Anschließend begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Georg-August-Universität in Göttingen. Nach drei Semestern wechselte ich zur Universität Hamburg, nachdem meine Familie inzwischen nach dort umgezogen war. In Hamburg bestand ich im Herbst 1965 die erste und - nach Durchlaufen der Referendarausbildung - im Juni 1969 die zweite juristische Staatsprüfung.

Vom 1. November 1969 an war ich als Verwalter der Stelle eines wissenschaftlichen Assistenten am Lehrstuhl für Zivil- und Zivilprozeßrecht III der Justus Liebig-Universität in Gießen tätig.

Seit dem 1. Oktober 1971 bin ich Regierungsrat z.A. am Finanzamt in Bad Segeberg.

